

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
VENTE VOLONTAIRE
DE
FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 16 Juin 1908 à 1 heure

PAR

Maurice COTILLON

Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants } **MM. CHAVEGRIN** } *professeurs*
 } **TISSIER** }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

14, RUE SOUFFLOT ET TOULLIER, 13

1908

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
VENTE VOLONTAIRE
DE
FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

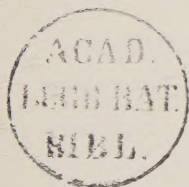
L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
sera soutenu le Mardi 16 Juin 1908 à 1 heure

PAR

Maurice COTILLON

Président : M. LYON-CAEN.

Suffragants { MM. CHAVEGRIN } *professeurs*
 TISSIER }



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INTRODUCTION

Le commerce a existé dès la plus haute antiquité, mais le fonds de commerce, élément du patrimoine, n'est guère connu que depuis le commencement du XIX^e siècle.

A partir de ce moment, le nombre des fonds va augmenter dans une proportion sans cesse croissante ; des industries nouvelles, des commerces nouveaux vont naître, entraînant la création de fonds de commerce nécessaires à leur exploitation. De plus en plus, on veut s'enrichir, et s'enrichir vite, aussitôt qu'un fonds de commerce prospérera, un fonds semblable viendra se créer auprès de lui, pour entamer avec lui une lutte ardente.

Etant un élément du patrimoine, le fonds de commerce est susceptible d'être vendu ; mais, à l'origine, les ventes sont relativement rares, le fonds reste dans les familles, le père fait, de son fils, son élève et son successeur.

Aujourd'hui, le nombre des ventes de fonds de commerce est devenu considérable, pour l'année 1904 les statistiques du ministère des finances relèvent 54.296 ventes de fonds de commerce en France pour une somme de 258.426.486 francs et depuis ces chiffres n'ont fait qu'augmenter.

Cette fréquence des ventes de fonds de commerce tient à bien des causes ; d'abord à des raisons psychologiques : le père veut épargner à son fils le travail souvent pénible que lui-même a fourni et le mettre à même d'acquérir une situation plus honorifique que la sienne, il vend son fonds, alors que son fils va encombrer les carrières libérales ou grossir le nombre des fonctionnaires et c'est là un résultat fâcheux au point de vue de la prospérité économique d'un pays.

Le commerçant trouve souvent qu'il ne s'enrichit pas assez vite, il vend son fonds pour en fonder ou en racheter un autre plus important.

La fréquence des ventes tient aussi à des raisons économiques : le nombre des fonds augmente, la concurrence se fait de jour en jour plus âpre ; les petits commerçants sont absorbés par les gros qui achètent leurs fonds, ou bien, ne se sentant plus la force de lutter, ne voient qu'un moyen de sortir de cette mauvaise situation : vendre leur fonds,

Les faillites sont de plus en plus nombreuses et le fonds faisant partie de l'actif est vendu avec lui.

Etant donné le nombre des fonds, des ventes auxquelles ils donnent lieu, un rouage s'est créé, l'intermédiaire, le marchand de fonds ; ce dernier a réagi sur la cause qui lui avait donné naissance ; l'existence du marchand de fonds contribue dans une très large mesure à l'augmentation du nombre des ventes ; combien y a-t-il de commerçants qui n'auraient jamais vendu sans l'insistance importune d'un marchand de fonds faisant miroiter à leurs yeux des conditions de vente exceptionnelles ?

Ajoutons que l'achat s'est trouvé singulièrement favorisé par les facilités de paiement à terme accordées par le vendeur et la possibilité de trouver des prêteurs de capitaux pour l'achat d'un fonds, en particulier, parmi les fournisseurs du fonds vendu.

Enfin, le fonds de commerce a pu faire l'objet d'un gage, celui qui veut se procurer des capitaux sans l'aliéner, le donne en nantissement au prêteur.

De ce que le nombre des fonds de commerce était peu élevé et les ventes de fonds de commerce rares en 1804, il résulte que ni le Code civil, ni le Code de commerce n'en ont parlé. Cette lacune a apparu de plus en plus grande, la jurisprudence, l'usage ont suppléé tant bien que mal à la loi, mais depuis vingt ans les propositions de loi se sont multipliées, l'une sur le nantissement a abouti (loi du 1^{er} mars 1898), l'autre sur la vente et le nantissement des fonds de commerce, déjà votée par le Sénat (13 mars 1908), sera, espérons-le, votée par la Chambre avant peu.

Nous ne nous occuperons pas du nantissement de fonds de commerce dont l'étude a fait l'objet d'œuvres approfondies et complètes (voir notamment Magnier et Pruvost, *Du nantissement constitué sur les fonds de commerce* ; Boutaud et Chabrol, *Traité général des fonds de commerce et de l'industrie*, pages 284 et suivantes. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, page 253, n° 285 ; Catalan, *De la condition juridique des fonds de commerce*, pages 343 et suivantes). Nous ne parlerons pas davantage de la vente forcée de fonds de commerce (vente aux enchères pu-

bliques, après faillite, à la requête d'un créancier nanti, etc...), ce point de vue assez spécial ne présentant qu'un intérêt moindre ; nous nous occuperons uniquement de la vente volontaire de fonds de commerce. Nous insisterons spécialement sur les points où les règles générales du Code civil, du Code de commerce, donnent lieu à des difficultés et à des divergences d'opinion dans leur application à la vente des fonds de commerce. Nous étudierons d'abord l'histoire du fonds de commerce et les raisons qui ont motivé son apparition tardive, puis la nature juridique du fonds ; ensuite, nous aborderons la vente proprement dite, parlerons de son caractère civil ou commercial, de ses conditions de validité (en nous étendant spécialement sur l'objet de la vente), de la forme, de la preuve et du tribunal compétent pour les contestations relatives aux ventes.

Nous étudierons les effets de la vente entre les parties ; entre autres questions présentant un intérêt particulier, nous trouverons la garantie due par le vendeur à l'acheteur, et surtout le fonctionnement des garanties assurant au vendeur le paiement du prix ; et nous aborderons la question délicate de l'effet de la vente de fonds de commerce à l'égard des tiers ; nous y comprenons l'étude de l'usage de publier les ventes de fonds de commerce.

Nous nous occuperons enfin des intermédiaires en les divisant en intermédiaires dont le rôle est de faire conclure la vente, et intermédiaires dont le rôle est de rédiger les actes.

Nous traiterons aussi rapidement que possible la ques-

tion de l'enregistrement du fonds de commerce qui donne naissance à des difficultés peu nombreuses en théorie.

Enfin, nous nous occuperons des divers projets de réglementation de la vente du fonds de commerce.

Nous avons jugé inutile de les reproduire *in extenso*, et d'analyser les débats parlementaires auxquels ils ont donné lieu ; nous nous contentons de renvoyer à ces documents.

Après avoir analysé ces projets, nous dirons quelle réglementation nous croyons devoir être préférable.

PRÉLIMINAIRES

CHAPITRE I

HISTORIQUE DU FONDS DE COMMERCE

Généralités

Nous chercherions en vain dans l'antiquité une théorie du fonds de commerce semblable à celles établies de nos jours. Les civilisations primitives ignorent les éléments qui plus tard formeront le fonds de commerce, les civilisations plus avancées les connaissent au moins en partie mais ne paraissent pas les avoir assemblés ; on rencontre des notions voisines mais pas la notion de fonds de commerce. Pourquoi cela ?

La notion du fonds de commerce, élément du patrimoine, n'est pas une notion simple, s'imposant de bonne heure à l'esprit des peuples, comme par exemple celle de propriété d'un objet matériel ; c'est une notion complexe, composée de bien des éléments divers, notamment de l'idée de propriété des choses incorporelles, idée abstraite qui demande pour être comprise un degré avancé de civilisation, c'est la notion

d'une universalité dans laquelle vont s'additionner ou même se fondre les éléments composants ; un tel concept demande un effort de pensée trop grand pour un peuple jeune ; plus tard, quand la civilisation se sera développée, il faudra le besoin impérieux d'une explication rationnelle des faits pour amener la création de l'idée générale qui les englobera.

Ce besoin d'une explication s'est-il fait sentir pour ce que nous appelons aujourd'hui le fonds de commerce ? Nous ne le croyons pas ; le commerce, si prospère qu'il puisse être, n'implique pas nécessairement l'existence du fonds de commerce, ce dernier suppose la spécialisation du commerçant dans une entreprise déterminée assez précise, assez stable pour servir de centre de ralliement à une clientèle ; or, cette spécialisation de l'individu, cette stabilité de l'entreprise n'ont existé que tardivement.

Pour que le fonds de commerce apparaisse comme un élément du patrimoine, il faut que ses divers éléments réunis soient susceptibles d'être comparés à la commune mesure de tous les biens, il faut qu'ils puissent s'apprécier en argent, se vendre et s'acheter sans entraves, et pour cela il est indispensable que le commerce soit libre ; or, la liberté du commerce presque inconnue dans l'antiquité est ignorée au Moyen Age chez la plupart des peuples, elle ne commence à exister réellement qu'à la Révolution française.

Dans l'antiquité le commerce fut exercé d'abord par des esclaves, de cette façon le maître utilisait les services d'un être souvent très intelligent et instruit et évitait d'être lui-même commerçant, ce qui l'aurait déconsidéré ; plus tard,

quand le commerce fut exercé par des hommes libres, ceux-ci, pour résister aux violences des puissants, restreindre la concurrence qui sans s'enrichir menaçait de les ruiner, prévenir les fraudes, les malfaçons, qui finissaient par attirer le discrédit sur toute une profession, éprouvèrent le besoin de s'unir et c'est ainsi que naquirent les corporations connues dès l'antiquité et si florissantes au Moyen Age. Si elles répondirent à une nécessité pratique indiscutable, elles eurent pour résultat une réglementation du métier qui devint bien vite excessive et paralysa l'essor de l'initiative privée ; avec le temps, le besoin qui les avait fait naître disparut, elles subsistèrent par suite de la force acquise et leurs inconvénients ne s'en firent que plus durement sentir, le commerce s'atrophiait dans cette armure inutile, la révolution lui rendra sa liberté et il se développera normalement. Enfin, les penseurs, savants, jurisconsultes, regardèrent pendant des siècles le commerce avec défaveur et n'étudièrent pas les questions commerciales. Pourquoi ? peut-être par amour de l'agriculture qui avait nourri l'enfance des peuples et à côté de laquelle le commerce grandissait comme un rival, attirant à lui les énergies, peut-être surtout parce que les premiers commerçants de basse condition, miséreux, exploitèrent sans scrupules acheteurs et vendeurs (1). Un mépris rancunier en fut la conséquence et, passant par-dessus l'individu, il s'attacha à la profession elle-même et au commerce entier.

Telles sont, croyons-nous, les principales causes qui ont ar-

(1) Voyez Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*. — V. Mercator, p. 1733.

rété le développement du fonds de commerce. Reste un point sur lequel nous croyons devoir insister : il existe dans l'antiquité une théorie qui, née relativement de bonne heure pour expliquer un état de choses existant, est pratiquement mêlée et théoriquement confondue avec la notion de fonds de commerce, c'est la théorie du pécule, nous allons l'exposer rapidement en l'étudiant dans le droit romain où elle acquit son plus parfait développement.

Le pécule était un ensemble de biens, propriété exclusive du maître, géré en fait par l'esclave (1), mais nettement séparé des autres biens du maître, au point d'acquérir une individualité propre, de devenir une universalité juridique, dirions-nous aujourd'hui, avec *ses* créances et *ses* dettes distinctes des créances et des dettes du maître ; ce dernier pouvait être créancier du pécule, sans pouvoir se payer sur le pécule (qui pourtant lui appartenait), par préférence aux autres créanciers du pécule (Dig. XIV, *tit. IV de Trib. act.*). Le plus souvent l'esclave avec son pécule faisait le commerce (*merx peculiaris*), s'il dirigeait plusieurs affaires, une fabrique de manteaux (*sagaria*) et une fabrique de toiles (*lintearia*), par exemple, les créanciers de la *sagaria* avaient pour gage la *sagaria*, universalité juridique, et non la *lintearia*, chaque entreprise restait distincte pour la raison, dit le texte (Dig. h. t. 5, 15) que le créancier avait fait crédit plus à l'entreprise, partie du pécule, qu'au pécule lui-même, *merci magis quam ipsi credidit*.

(1) Ce que nous disons du maître et de l'esclave est également vrai du *paterfamilias* et du fils en puissance.

Voilà une notion qui ressemble bien à la notion du fonds de commerce, mais cette notion tout à fait exceptionnelle, créée pour un état de choses très particulier, est applicable seulement à cet état de choses, en l'élargissant on la dénature (étendre les théories admises pour la *merx peculiaris* au *paterfamilias* faisant le commerce serait absurde) les Romains ont nettement conçu le pécule avec lequel le commerce était exercé mais non le fonds de commerce.

Nous allons aussi rapidement que possible étudier le développement de l'idée du fonds de commerce dans l'antiquité non romaine, à Rome et au Moyen Age, jusqu'à la Révolution.

Antiquité non romaine.

Dans les civilisations primitives, nous trouvons à peine l'existence du commerce, la monnaie étant inconnue ; chez les peuples plus avancés, nous ne connaissons rien qui ressemble à un fonds de commerce, ni chez le peuple d'Iraël, ni chez les Egyptiens, ni chez les Phéniciens ; en Chaldée nous sommes plus heureux, les actes de Babylone nous parlent d'une banque exploitée par une société formée entre hommes libres (1), mais les documents sont loin d'être assez précis pour nous permettre de voir là un fonds de commerce.

Pour la Grèce, ils sont plus abondants et plus clairs, les éléments du fonds de commerce y sont connus, l'idée du fonds

(1) V. E. Revillout, *Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité*. Appendice sur le droit de la Chaldée, par V. et E. Revillout, p. 374 et suiv.

paraît exister, dominant jusqu'à un certain point les éléments qui le composent, la loi permet d'aliéner, de louer un fonds de commerce (1) ; c'est que le commerce s'il est peu honoré a joui en Grèce d'une plus grande liberté ; mais cette idée ne va pas jusqu'à se préciser, la question de savoir si le fonds de commerce est ou non une universalité juridique ne se pose pas (2).

Rome.

De très bonne heure vont apparaître les causes empêchant le développement normal de l'idée de fonds de commerce, le régime des corporations dès Numa Pompilius va restreindre la liberté du commerce (3). La corporation (*collegium, corpus, sodalitas*) se développe rapidement, Alexandre Sévère organise les associations, et au bas empire l'Etat les rend obligatoires : « il faut assurer l'approvisionnement des grandes villes, pour cela on ne se fie pas aux particuliers » (4). Le

(1) Démosthène donne des détails sur la location du fonds de commerce de Pasion (*Apollodore contre Stéphanos*). V. Daremberg et Saglio, *op. cit.* V. *Mercatura*, p. 1759.

(2) On s'est basé cependant sur un plaidoyer d'Hypéride contre Athénogène (V. H. Weil, *Journal des Savants*, 1892, p. 299 et suiv.) pour soutenir que les Grecs avaient vu dans le fonds de commerce une universalité juridique avec ses créances et ses dettes, ce n'est pas notre avis, il s'agit dans l'espèce d'un pécule, et il y a eu stipulation *expresse* au sujet des dettes du pécule. V. en sens contraire, Gombeaux, *La notion juridique de fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1901, page 128.

(3) Plutarque, *Numa*, 17.

(4) E. Levasseur, *Histoire des classes ouvrières et de l'industrie en France avant 1789*, 2^e édition, page 51.

commerce est peu honoré. Plaute le tourne en ridicule, Cicéron ne l'estime guère, il est interdit aux sénateurs qui encourrent l'infamie s'ils légitiment les enfants des boutiquières (*tabenariæ*) (code : 27, *De nat. lib.*)

Plus tard, le petit commerçant deviendra un gros négociant, sa richesse le rendra plus puissant, il jouira d'une considération plus grande.

Nous ne trouvons pas, croyons-nous, de théorie du fonds de commerce à Rome, mais nous rencontrons certains des éléments qui en forment aujourd'hui la notion, ce sont pour la plupart des éléments matériels, qu'il nous paraît intéressant d'examiner rapidement.

Le local *taberna* (Ulpien, Dig. LXVI de *verb. signif.* 183) ; d'un texte de Scaevola (Dig. XX, I, de *Pign. et Hypoth.* 34) ; on a voulu conclure que la *taberna* était un véritable fonds de commerce, universalité juridique (1) ; au cas d'hypothèque de la *taberna*, dit le texte, les marchandises qui la garnissent sont hypothéquées elles aussi ; si elles sont vendues et remplacées par d'autres, ces dernières sont subrogées réellement (2) aux premières ; on a donc conclu : c'est l'hypothèque d'une universalité juridique, l'hypothèque des marchandises, éléments de cette universalité, en découle fatalement ; à notre avis, c'est aller trop loin, l'hypothèque porte seulement sur la *taberna*, boutique en briques ou en pierres, et son contenu accessoire, les *marchandises*.

(1) Clos, *Thèse*, Paris, 1886, page XXVI.

(2) L'expression « subrogation réelle », bien que de création récente, nous paraît traduire nettement la pensée de Scaevola.

Sur l'*outillage*, nous n'avons guère de renseignements ; l'*enseigne* existe, elle sert de signe de ralliement à la clientèle, mais elle ne paraît pas avoir été comprise parmi les éléments du fonds ; l'*achalandage* est ignoré, il en est de même du *nom commercial*, des *modèles*, *marques*, et autres éléments incorporels. L'*entreprise commerciale* est désignée assez vaguement par les mots de *negotium*, *negotiatio* ; nous la trouvons cependant plus précisée, quand il s'agit de banques, par le mot *mensa* (*mensa argenteria*, *mensa nummularia*) ; on a soutenu que les Romains avaient considéré la *mensa* comme un fonds de commerce universalité juridique, ayant ses créances et ses dettes propres ; un texte de Papien (Dig. XXXI, de *Leg. et Fideicomm.* 77, 16) a servi de base à cette opinion (1).

Une *mensa*, dit le jurisconsulte, a fait l'objet d'un fidéicommis, elle passe avec ses créances et ses dettes au fidéicommissaire, exactement comme s'il s'agissait d'une vente sans qu'il soit besoin de rechercher si le passif excède l'actif. A notre avis, c'est tirer de ce texte une conclusion trop rapide ; nous pensons que le mot *mensa* y désigne non l'entreprise, mais les marchandises de l'entrepreneur, du banquier ; ces marchandises sont tout à fait spéciales, c'est de l'argent, et surtout de l'argent sous forme de créances et de dettes, on ne peut céder l'ensemble des marchandises et ne céder que les créances (2).

(1) Gombeaux, *Thèse*, page 155.

(2) Ajoutez à cela que le fidéicommis portant sur les créances seules aurait été impossible à réaliser au cas très fréquent où le dé-

Ce qui, en réalité, fait l'objet du fidéicommiss, c'est la différence de l'actif et du passif, si le fiduciaire avait opéré la liquidation de l'affaire et transmis le reliquat au fidéicommissaire, nous serions dans la situation normale, mais Papinien a prévu sans doute qu'il se heurterait à de trop grosses difficultés, notamment au sujet des créances et dettes à terme ou conditionnelles, il a jugé plus pratique de tout transmettre au fidéicommissaire qui opérerait lui-même sans difficultés la liquidation ; c'est d'ailleurs ce qui se fait encore aujourd'hui ; même solution si la *mensa* est vendue, le fidéicommissaire est remplacé par l'acheteur ; mais de cession de fonds de commerce nous ne croyons pas qu'il en soit question. Le fidéicommissaire peut très bien, à la suite du fidéicommiss, s'établir ou non banquier, cela ne change en rien notre manière de voir, et Papinien ne s'en occupe pas ; il en serait autrement au cas de cession de fonds de commerce. Ce qui ressemble le plus à Rome à notre fonds de commerce moderne, c'est la *merx peculiaris* dont nous avons déjà parlé (1).

Moyen Age

Le Moyen Age ne nous amène pas la liberté du commerce, ni la considération du commerçant, aussi ne verrons-nous biteur du banquier est en même temps son créancier, le banquier (et son ayant droit par conséquent) ne pouvait exiger alors que le solde, il ne faut pas oublier que la compensation par compte courant était connue à Rome, et, fait tout à fait exceptionnel, s'imposait au banquier demandeur (Gaius, *Instil.*, 4, 46).

(1) Cf. page 10 et 11.

pas davantage la notion de fonds de commerce se développer.

Sans nous arrêter à l'examen de la période gallo-romaine qui, dominée par le droit romain, ne nous apporte aucune conception nouvelle, nous arrivons à la période féodale.

Nous voyons le commerce paralysé, la richesse ne circule plus, le seigneur vit dans ses terres, du produit de ses terres ; enfin à la longue le commerce se réveille, dans les ports, le long des fleuves, dans les pays traversés par les grandes voies de communication ; mais tout de suite, il est écrasé d'impôts trop lourds pour ses forces naissantes, péages, douanes sans nombre ; sans compter le brigandage, exercé souvent par ceux mêmes qui auraient dû le réprimer ; ajoutez à cela la concurrence écrasante des monastères et les croisades. Puis apparaissent les foires périodiques qui vont activer vigoureusement la circulation des biens ; les grosses maisons de commerce vont créer, dans les villes où ces foires ont lieu, des entrepôts permanents (*funda, fundaci, fondèges*, sans doute de l'arabe *fondoucq*) d'où sortira l'expression *fonds de boutiques* pour désigner les marchandises.

Le commerce reprend son essor, mais il n'est pas libre ; ne peut exercer un métier qui veut, il faut en acheter le droit au seigneur, au roi ; le livre des métiers d'Etienne Boileau (1268) est fort éloquent à ce sujet ; les corporations font leur apparition à mesure que l'activité commerciale augmente, nous n'avons pas ici à en retracer l'histoire ni le fonctionnement (1) ; nées sans doute des mêmes causes que les

(1) Voyez à ce sujet l'ouvrage de M. Levasseur déjà cité.

collegia romains, elles auront les mêmes inconvénients, et ceux-ci se feront plus durement sentir, car la corporation sera organisée d'une façon plus parfaite et survivra beaucoup trop longtemps au besoin qu'il l'avait créée ; l'individu ne sera plus qu'un rouage, sa personnalité disparaîtra presque, le vrai commerçant sera en réalité la corporation et le travail sera « conçu non comme un droit individuel et naturel, mais comme un privilège collectif » (1). Le métier sera réglementé avec une sévérité exagérée, étouffant toute initiative privée, encourageant la routine. Pour devenir patron, si on n'est pas fils de patron, les formalités sont longues et coûteuses (2).

Nous sommes loin de notre cession de fonds de commerce moderne. Enfin, pour augmenter les revenus du trésor, le roi érigera en offices certains métiers, ces offices se vendront très cher, souvent même, on en exigera des prix qui écarteront les acheteurs éventuels.

Dans ces conditions, il ne peut être question d'un fonds de commerce élément du patrimoine, cela nous paraît évident.

Enfin, pour des causes sans doute voisines de celles qui existèrent dans l'antiquité, le commerçant est peu estimé, l'ordonnance de janvier 1560 interdit le commerce à la noblesse, il faudra attendre Colbert pour qu'elle puisse faire sans déroger le commerce maritime (ordonnance de 1669) et le commerce terrestre en gros (ordonnance de 1701), aussi l'étude des questions commerciales est-elle assez délaissée.

(1) Fagniez, *Etudes*, page 114.

(2) Levasseur, *loc. cit.*

Mais, si nous ne voyons pas se développer la notion du fonds de commerce, nous apercevons certains des éléments qui en feront plus tard partie, ce sont pour la plupart des éléments matériels auxquels, avec le temps, viendront s'adjoindre des éléments immatériels.

Le local (meson, hostel, ouvrouer, fenestre) très modeste en général, situé dans un quartier spécial suivant le métier exercé, touchant presque ou tout à fait le local où un autre commerçant exploitait le même commerce ; souvent l'autorité obligeait le concessionnaire d'un local à y exercer telle ou telle profession et en donnait à lui seul le droit ; ce droit, il pouvait le louer et en tirer des revenus souvent exorbitants, comme le firent les bouchers titulaires de locaux autour de l'église Saint-Jacques, dont la seule peine était de louer leur droit à des bouchers d'étal et d'en toucher les loyers.

L'outillage se perfectionnait très lentement, la réglementation excessive ne poussant guère aux perfectionnements.

L'enseigne attirait la clientèle ; en fait, elle a pu passer au successeur, on ne la changeait ni ne la décrochait, mais elle n'était pas un élément du fonds, bien que nous trouvions un arrêt du Parlement du 12 août 1648 défendant à un cabaretier de prendre une enseigne déjà existante dans la même ville : cet arrêt prouve seulement que l'idée de propriété incorporelle, de concurrence déloyale s'était fait jour⁽¹⁾.

(1) *Introduction historique* de G. Hartmann au *Traité* de G. Lèbre, page LVI.

Les *marchandises* formaient souvent un stock assez considérable ; il était si difficile et si coûteux de le renouveler.

Parmi les éléments incorporels, *l'achalandage* n'est guère connu.

Dans les ventes d'offices à côté de la valeur du titre (finance) on reconnaît la plus value conférée à ce titre par l'activité du titulaire vendeur (pratique) ; or, cette plus value est faite du plus ou moins grand nombre de clients que le vendeur a su attirer. C'est la *clientèle* dont la notion apparaît peut-être ici pour la première fois.

Les *modèles*, propriété du commerçant, n'apparaissent qu'au xviii^e siècle.

Le premier élément incorporel reconnu inhérent au fonds et passant au successeur fut le nom, *le nom marque de fabrique*, le nom apposé sur les produits pour en certifier l'origine. Mais le *nom signature* ne se dégagera que vers la fin du xiii^e siècle et donnera naissance, plus tard, à la notion du *nom enseigne (firma)*.

Quant à l'expression fonds de commerce désignant l'entreprise, elle est inconnue.

On ne connaît que l'expression fonds de boutique et elle semble vouloir désigner non l'entreprise ni le local, mais les marchandises, le stock en magasin (1).

Y a-t-il eu au Moyen Age des essais de théorie du fonds de

(1) Cass., 23 mars 1836. Les mots fonds de livres et imprimerie et fonds de boutique désignent les livres, meubles neufs, étoffes mais non la clientèle, l'achalandage, en un mot la chose immatérielle que l'on peut désigner par le mot fonds de commerce.

commerce? oui; mais il ne faut pas leur attribuer autant d'importance que l'on pourrait le croire au premier abord; ces théories ne sont pas nées d'un besoin d'expliquer un état de choses, puisque cet état de choses n'existait pas, elles sont purement spéculatives, puisées dans le droit romain commenté, remanié par les Glossateurs et leurs successeurs; ils raisonnent sur la théorie de la *merx peculiaris* qu'ils étendent.

Cujas fait de la *mensa argenteria* une universalité juridique et l'oppose à la *taberna argenteria*, simple boutique, Jean Voet assimile la *taberna* à la *merx peculiaris*, etc... Ces théories n'eurent aucune influence pratique.

La première question que les jurisconsultes se virent pratiquement forcés de se poser et de résoudre fut de savoir si le fonds de boutique devait être déclaré meuble ou immeuble (la question était tranchée pour les offices déclarés immeubles par les coutumes de Paris et d'Orléans, mais seulement quant à la pratique (1), le droit au bail même a paru à certains auteurs devoir être considéré comme immeuble (2). Un arrêt du Parlement de Besançon, du 31 août 1641, en fait un immeuble, un arrêt du même Parlement, rendu le 21 juillet 1781, en fait un meuble, mais, dans le premier cas, il s'agissait d'usufruit, dans le second de succession; il est probable que les juges rendirent leur arrêt suivant l'espèce pour ne pas juger contre l'équité.

(1) Voyez l'*Introduction historique* de G. Hartmann au *Traité* de G. Lèbre, page L et suiv.

(2) *Ibidem*, page LIV.

Enfin, après bien des réclamations, notamment celles des cahiers du Tiers-Etat aux Etats Généraux de 1614, après l'essai éphémère de Turgot, (février 1776), les corporations, jurandes et maîtrises sont supprimées définitivement le 2 mars 1791 par l'Assemblée Constituante (1) ; la liberté du commerce est proclamée, et le commerçant cesse d'être déconsidéré.

Parmi les éléments, le nom commercial apparaît, attaché au fonds ; le 29 thermidor an IX le Tribunal d'appel de Besançon accorde à l'acquéreur d'une exploitation commerciale le droit de se dire successeur du vendeur (2), réformant ainsi un jugement du 18 floréal précédent, précisant l'idée de propriété *morale* et l'idée d'achalandage ; les attendus de ce jugement en font des éléments du fonds de commerce ; l'expression de fonds de commerce commence à apparaître avant que l'idée qu'il évoque soit nette, comme une étiquette est mise sur un flacon non encore définitivement rempli.

Un procès sur la nature de l'usufruit d'un fonds de boutique nous montre d'une façon assez claire le développement de la notion de fonds de commerce : les enfants Fourier revendiquent un fonds de boutique d'épicerie dont leur mère, veuve, était usufruitière et qu'elle avait aliéné.

(1) A partir du 1^{er} avril 1791, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon (loi du 2 mars 1791, art. 7.)

(2) Voyez l'*Introduction historique* de G. Hartmann, au *traité* de G. Lèbre, page LXVI.

Le tribunal civil du Doubs (26 fruct. an VII) (1) repousse la demande des enfants : la veuve a valablement aliéné : le fonds de boutique, chose fongible, n'est susceptible que d'un quasi usufruit, la veuve doit non ce qu'elle a reçu, mais la valeur de ce qu'elle a reçu. Cette solution suppose le fonds de boutique uniquement composé des marchandises. L'appel est porté devant la Cour de Besançon qui infirme le jugement ci-dessus (23 thermidor an IX) (2) ; pour elle, le fonds de boutique est plus qu'un stock, c'est une universalité de meubles, susceptible d'usufruit.

La Cour de cassation, le 9 messidor an IX (3), casse et reprend la décision des premiers juges, la défense des enfants rapportée par Merlin est intéressante : « Le fonds de commerce ne consistât-il que dans un négoce de blé, vin,... ne cesse pour cela d'être une individualité très distincte et un corps certain et inconsomptible parce que le fonds de commerce est un tout qui, au lieu de souffrir de la fongibilité de ses parties, s'entretient par cette mobilité même » (4).

Nous assistons là, à la naissance de l'idée générale ; l'idée qui va naître sera-t-elle toujours la même, arrivera-t-on à un concept unique du fonds de commerce, qui pourra servir de base aux lois et aux jugements ? C'est ce que nous allons voir dans le chapitre suivant.

(1) S. an XII, page 29.

(2) S. *ibidem*.

(3) S. *ibidem*.

(4) Merlin, *Répertoire*, tome XXXV, page 393 et suivantes.

CHAPITRE II

NATURE DU FONDS DE COMMERCE

Qu'entendons-nous aujourd'hui par fonds de commerce ? Voilà une question à laquelle il est difficile de répondre sans prendre en même temps parti pour l'une des théories que nous exposerons plus loin.

Nous ne pouvons que donner une définition vague, et nous dirons avec MM. Lyon-Caen et Renault, qu'un fonds de commerce est l'ensemble des choses qui se rattachent à l'exercice d'un commerce (1).

De quels éléments est composé cet ensemble ? quelle est la nature de cet ensemble ? quels en sont dans notre droit actuel les caractères juridiques ? Tels sont les trois points que nous allons examiner aussi rapidement que possible.

A. — *Éléments composant le fonds de commerce.*

Prenons un exemple : un fonds de parfumerie est en pleine prospérité ; nous savons qu'il est situé à tel endroit dans une

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. III, n° 239, page 177.

boutique louée, nous nous y rendons ; sur la porte nous remarquons une *enseigne de fantaisie* : « Parfumerie orientale » et au-dessous un nom propre, le *nom commercial*, Pierre Durand ; nous entrons ; sur des tables et des étagères qui font partie du *matériel*, les *marchandises* à vendre sont exposées, la *clientèle* les examine ; sur certaines de ces marchandises nous remarquons un signe spécial, c'est la *marque de fabrique*, un objet de toilette porte même à côté de cette marque de fabrique la mention *breveté* ; dans une pièce voisine, un vitrage nous laisse apercevoir des bureaux ; c'est la comptabilité : là, se trouvent les *livres de commerce*, où sont inscrites les *créances et dettes* nées notamment de l'exercice du commerce, où est conservée la *correspondance* reçue et la copie de celle envoyée ; aux murs, des diplômes, des médailles indiquent que des *récompenses* ont été obtenues pour l'excellence des produits offerts à la vente, etc.....

Nous sortons ayant emporté du fonds de commerce une idée absolument nette ; nous en avons vu beaucoup d'éléments les uns matériels : les marchandises, le matériel ; les autres immatériels, comme la clientèle, l'enseigne, le droit au bail.

Nous n'avons pas énuméré tous les éléments possibles d'un fonds de commerce, certains de ceux que nous avons vus peuvent être remplacés par d'autres : le *nom enseigne* « Parfumerie Durand » peut remplacer l'enseigne de fantaisie, la *marque de fabrique* peut consister non en un signe, mais en un nom ; certains de ces éléments pourraient manquer, tels que les marchandises brevetées, la *marque de fabrique*, voire même les *livres de commerce*, le *droit au bail* ; notre

conception du fonds de commerce resterait la même. On s'est donc demandé si tous les éléments signalés faisaient bien réellement partie du fonds, et, par suite, devaient passer à l'acquéreur du fonds; nous examinerons cette question à propos de l'objet de la vente d'un fonds de commerce.

Il est un fait certain, c'est que parmi tous ces éléments, les uns ont une importance plus grande que les autres : les uns peuvent être envisagés comme le principal, les autres comme l'accessoire (1). Tout l'effort du commerçant ne tend-il pas à augmenter ses affaires et ses bénéfices, en augmentant le nombre des personnes à qui il pourra vendre ses produits, en augmentant sa clientèle; c'est pour attirer cette clientèle qu'il lui donnera un lieu de ralliement, le local, et un signe de ralliement, l'enseigne, qu'il perfectionnera ses marchandises, qu'il les certifiera siennes par la marque de fabrique, qu'il rendra son matériel confortable (fauteuils d'un théâtre, chambres d'un hôtel), etc...

La clientèle nous apparaît donc comme un point vers lequel tout converge.

En examinant les choses encore plus attentivement, nous voyons que c'est non vers la clientèle, que toute l'énergie se concentre, mais vers la possibilité d'une clientèle; en effet, la clientèle est souvent inconnue, problématique même, on peut

(1) En sens contraire, rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner la proposition de loi de M. Cordelet, relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. Sénat, année 1907; *Annexe*, n° 14, au procès-verbal de la séance du 25 janvier 1907. — « Des éléments multiples peuvent constituer le fonds de commerce, il ne paraît pas qu'aucun d'eux soit essentiel. »

l'attirer, on ne peut pas la contraindre — un fonds se conçoit sans clientèle, il vient de se créer, il n'est pas encore ouvert ; mais, il ne se concevrait pas sans possibilité de clientèle (1) ; cette possibilité de clientèle, c'est l'achalandage (2), un fonds ne peut exister sans achalandage, l'erreur de ceux qui ont soutenu le contraire (3) vient de ce qu'ils ont confondu les mots clientèle et achalandage (4).

Le fonds de commerce est donc un ensemble d'éléments dominés par un élément essentiel, l'achalandage (5).

Voyons maintenant quelle est la nature de cet ensemble.

(1) Cf. Gombeaux, *loc. cit.*

(2) Nous n'admettons pas la définition généralement admise qui fait de l'achalandage l'ensemble des relations établies entre l'établissement lui-même et les acheteurs qui le fréquentent. A. Rendu, *Traité pratique de droit industriel*, n° 694.

(3) Lèbre, *Tr.*, n° 1, page 2 et note, *Contra. De la condition juridique des fonds de commerce*, thèse Catalan, p. 60.

(4) V. Valéry, *Maison de commerce et fonds de commerce*, p. 43, qui distingue la clientèle de l'achalandage par la « constance des rapports » ; cette distinction n'est pas assez précise, d'ailleurs, M. Valéry admet la possibilité d'un fonds n'ayant ni achalandage, ni clientèle. V. aussi Bayart, *Etude de la notion du fonds de commerce*, page 14 et suiv., qui confond totalement ces deux notions.

(5) Un arrêt du tribunal civil d'Annecy semble contredire cette affirmation : on ne doit pas considérer la clientèle comme comprise dans la vente d'un fonds de café, bien que tous les objets le composant soient cédés à l'acheteur, lorsque, d'une part, ces objets sont soigneusement inventoriés avec indication de prix pour chacun d'eux et que, d'autre part, aucun prix n'est indiqué dans la vente pour la clientèle (Tr. civ. Annecy, 10 août 1888, Mon. Lyon, 4 mars 1889).

Dans ce cas, croyons-nous, il y aura vente de divers éléments composant un fonds, matériel, marchandises, droit au bail, etc., il n'y aura pas de vente de fonds de commerce, et cela aura pour résultat pratique de permettre au vendeur de fonder un café semblable

B. — *Nature du fonds de commerce.*

Les éléments qui forment le fonds de commerce sont-ils rapprochés momentanément sans liaison entre eux autre qu'un même but, sont-ils au contraire si intimement fondus que le caractère propre de chacun disparaît dans l'ensemble qui acquiert une vie propre, devient même une personne morale ?

Entre ces deux théories extrêmes il y a place pour d'autres systèmes ; nous allons passer en revue les principaux, depuis le fonds de commerce, personne morale, jusqu'au fonds de commerce, universalité de fait.

a) La théorie du fonds de commerce, personne morale, est née de nos jours en Allemagne ; le professeur Endemann (1) voit dans le fonds de commerce une personne morale ayant sa vie propre, ses droits, ses créances, ses dettes, son organisation, sans aucune attache avec le patrimoine particulier du patron ; ce dernier n'est que le premier serviteur du fonds *der erste Diener des Geschäfts*, le fonds seul est la base du crédit *Träger des credits*, en cas de faillite, les créanciers du fonds auront sur le fonds un privilège sur les créanciers personnels du commerçant ; deux établisse-

à celui vendu, à quelques mètres de là, sans que son acquéreur puisse lui opposer l'obligation de garantie. Voyez d'ailleurs en ce sens, Cass., 27 mars 1905. S. 1906, I, 508.

(1) Endemann, *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, 4^e édit., 1887, paragraphes 15 et suiv.

ments appartenant à un même commerçant, forment deux personnes morales ; si tous deux tombent en faillite, il y aura deux faillites tout à fait distinctes. L'acquisition du fonds ne transmet pas à l'acquéreur le passif, mais plus exactement, elle lui transmet l'obligation de représenter le fonds qui en est grevé (1).

b) La théorie de Bekker (2) aboutit à des résultats à peu près identiques ; ce qui donne la cohésion aux divers éléments du fonds, c'est le but auquel ils tendent ; tout fonds est vivifié par son but (3), d'où le nom de *zweckvermøgen* (littéralement patrimoine-but) donné au fonds ; la personnalité du commerçant importe peu, il peut être un, plusieurs, société par actions ; Bekker diffère d'Endemann en ce qu'il ne sépare pas d'une façon aussi absolue le fonds et le patrimoine du patron : les créanciers du fonds peuvent se faire payer subsidiairement sur les autres biens du patron (4).

c) La théorie du « patrimoine d'affectation » a été formulée par M. Saleilles (5), il le définit ainsi : « Tout ensemble de biens constitué par la connexité d'une même affectation ».

(1) Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, p. 490.

(2) *Zweckvermøgen, insbesondere Peculium Handelsvermøgen und actiengesellschaften*, p. 499 et suiv. *Zeitschrift für das ges. Handelsrecht*, 1861.

(3) *Ibidem*, p. 537.

(4) *Ibidem*, p. 549, 551.

(5) *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite. Annales de droit commercial*, 1895, 1897, spécialement 1897, p. 35, 41.

tation forme, dans le patrimoine qui l'a reçu sous cette condition d'emploi, comme un patrimoine à part qui appartient moins à celui qui le possède qu'au but lui-même auquel il est destiné » (1), il se rapproche autant qu'il est possible de la théorie de Bekker ; il aboutit, de l'aveu même de M. Sailleilles, à la conception d'un patrimoine personne morale, le nom seul manque.

d) On a vu dans le fonds de commerce un ensemble juridique (*gesammlvermøgen*), type hérédité, formant un tout unique dans les contrats, auquel sont attachées ses créances et ses dettes ; mais sans aller jusqu'à admettre la personnalité morale, la possibilité de posséder des droits, la séparation nette avec le patrimoine du commerçant (2) — c'est la théorie du Code de commerce allemand de 1897 (pour le cas où l'acquéreur reprend la firma). Art. 25-28.

e) Une théorie nous reste à signaler, c'est celle généralement admise en France et en Italie, la théorie de l'universalité de fait (3) ; le fonds de commerce est un tout com-

(1) Note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 94, 2, 185, texte cité par Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 2258, p. 720 et note. Voir également *Annales*, *loc. cit.*, 1897, p. 41.

(2) V. Cosack, *Traité de droit commercial*, p. 90. Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 429. Catalan, *De la condition juridique des fonds de commerce*, Thèse, p. 214.

(3) V. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. III, paragraphe 240, p. 192. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, paragraphe 86, 89, p. 64, 65. Lèbre, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, paragraphe 2, p. 2. Vivante, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, I, n° 204, p. 231.

Amiens, 7 juillet 1900, D. P., 1904, 2, 97, 4^e espèce.

posé d'éléments momentanément rapprochés par un but commun, mais sans attache les uns aux autres, ne formant pas un tout unique dans les contrats ; les créances ni les dettes n'adhèrent au fonds.

Théoriquement, lequel de ces cinq systèmes semble préférable ?

La théorie d'Endemann a le grave défaut, a-t-on dit, de faire du fonds de commerce à la fois un objet et un sujet de droits (1), ces deux qualités paraissent s'exclure, ce qui peut avoir des droits ne peut en même temps être possédé ; nous ne concevons pas comment les divers établissements d'un même commerçant peuvent agir en justice les uns contre les autres (2). Ces critiques ne sont pas sérieuses ; dire que nous ne sommes pas habitués à voir un objet de droits, en même temps sujet de droits, c'est vrai, mais ces deux qualités ne s'excluent pas forcément ; les divers établissements d'un même commerçant peuvent agir l'un contre l'autre, il n'y a pas à cela d'impossibilité matérielle, nous l'admettrions bien pour deux sociétés anonymes composées des mêmes actionnaires. A notre avis, la vraie critique à adresser au système d'Endemann, c'est de limiter la responsabilité du commerçant à la partie de sa fortune qu'il a engagée dans les affaires, à son fonds.

M. Saleilles objecte que les sociétés de commerce ont pour

(1) Veit-Simon, *Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die von Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden. Zeitschrift für d. ges. Handelsr.*, t. XXIV, 1879, p. 3.

(2) *Ibidem*, p. 112.

effet de limiter la responsabilité du commerçant, en soustrayant une partie de son patrimoine (l'apport) au gage de ses créanciers civils ; c'est exact, mais il y a à cela une raison, on a voulu défendre l'associé contre ses co-associés en défendant l'actif social contre le gaspillage qu'un associé ferait à part des autres de son propre patrimoine (1) ; or, il n'y a pas de raison pour défendre le commerçant contre lui-même.

Ajoutons que le fait de pouvoir soustraire une partie de son patrimoine à ses créanciers ouvre la porte toute grande à la fraude ; une publicité aussi rigoureuse que possible ne pourrait pas toujours en préserver les créanciers d'une façon efficace. C'est un très gros danger, M. Saleilles le reconnaît (2).

Cette critique peut s'appliquer à toutes les théories qui font du fonds de commerce une personne morale, à la théorie de Bekker et même à celle de M. Saleilles (3).

Pourquoi avons-nous séparé la théorie du patrimoine d'affectation d'avec celles de Bekker et d'Endemann ? c'est qu'elle est née d'une façon toute différente.

Les théories allemandes ci-dessus sont prises dans le droit romain, Endemann ne s'en cache pas et Bekker s'en vante. Ils ont pris la théorie du pécule et l'ont adaptée au fonds de commerce. M. Saleilles, au lieu de prendre pour l'idée de

(1) Catalan, *Thèse*, p. 39.

(2) *Annales*, 1897, pp. 38, 40 précitées.

(3) M. Bayart, *loc. cit.*, refuse énergiquement d'admettre ces théories ; mais les motifs de son refus ne nous apparaissent pas nettement.

fonds de commerce un moule créé pour une autre idée, chercha à créer un moule pour elle, en prenant pour base la limitation de la responsabilité du commerçant à sa fortune commerciale ; il arriva ainsi à créer un patrimoine dans le patrimoine (1).

Quant à la conception du fonds de commerce, universalité de fait, elle ne donne guère naissance qu'à une difficulté, mais cette difficulté n'est pas insurmontable ; lorsqu'un fonds de commerce fait l'objet d'un contrat, il doit être défini dans toutes ses parties, sans quoi, on s'expose à voir surgir de nombreuses difficultés, que seuls les tribunaux peuvent trancher. La cession, la mise en gage notamment se feront d'une façon différente suivant les éléments cédés ou donnés en gage. Or, pratiquement, le contrat règle la question pour la cession ; pour la mise en gage, la difficulté était plus grave, la loi du 1^{er} mars 1893 l'a tranchée.

Pourtant, ce système, nous aurons l'occasion de le voir, est dangereux pour les tiers qui ont traité avec le propriétaire du fonds. Il est facile à ce dernier de faire disparaître leur gage, notamment en le vendant, on a cherché, en conséquence, à éviter cet inconvénient par des réglementations sévères.

La théorie du *gesamtvermoege*n a surtout pour but de rattacher au fonds de commerce les créances et les dettes, nées de l'exercice du commerce. Est-ce là une bonne chose ? on l'a nié : en cas de cession, le créancier se verrait im-

(1) Il ne faut pas que ce soient les nécessités sociales qui se plient à la rigidité d'un seul moule juridique, mais les moules juridiques qui s'adaptent d'eux-mêmes aux nécessités sociales (p. 45, ann. 1897).

ser un débiteur ce qui est inadmissible ; c'est inexact, s'il est inadmissible, qu'on change à un créancier, malgré lui, son débiteur, on peut parfaitement adjoindre au débiteur primitif un autre débiteur, le créancier n'aura pas à se plaindre.

A notre avis, la vente d'un fonds entraînant cession des créances, des dettes, des contrats, serait plus simple, et mettrait les créanciers dans une situation préférable, leur gage leur restant (1).

Nous reviendrons sur ce point.

Pratiquement, laquelle de ces cinq conceptions devons-nous adopter, étant donné l'état actuel de nos lois ? Le Code est muet.

Faut-il se plaindre de ce silence du Code. Nous ne le croyons pas. Une définition légale fixerait l'état du droit ; mais cet avantage n'en est pas un : le droit n'est pas fixe, il varie pour un même peuple avec le degré de civilisation de ce peuple ; si on prétend le fixer pour longtemps, on ressemble à celui qui donne un vêtement à l'enfant sans penser que cet enfant grandira, gêné dans son vêtement devenu trop étroit, et le fera éclater.

Dans les lois postérieures au Code, nous ne trouvons rien de précis à cet égard.

La loi du 28 février 1872, déclare le fonds, universalité juridique, le droit de 2 0/0 est applicable sur le prix total du fonds sans tenir compte des éléments le composant (2).

(1) Voir Gaudemet, p. 42.

(2) Cass. civ., 12 juillet 1897, S. 1898, 1, 52.

La loi du 1^{er} mars 1898 permet de même de voir dans le fonds une universalité juridique dans laquelle s'absorbent ses divers éléments, le nantissement de fonds de commerce porte sur tous ces éléments, et, pour le valider, une seule inscription suffit (1).

Ces mots universalité juridique reviennent souvent dans la jurisprudence, appliqués au fonds de commerce, mais pas plus que les deux lois précitées, la jurisprudence n'a voulu établir un système, « elle n'a tiré d'autre conséquence que de traiter l'ensemble des droits et valeurs qui composent le fonds de commerce comme une unité spéciale formant un droit incorporel, de telle sorte que l'aliénation ou la constitution de gage qui s'y réfèrent dussent emporter aliénation ou mise en gage de chacune des valeurs particulières comprises dans l'universalité ; mais personne n'a entendu tirer cette conclusion que le fonds de commerce en tant qu'universalité juridique comprenait de droit telles ou telles valeurs ou telles ou telles dettes, forcément destinées à en faire partie » (2).

Cependant, s'il y a eu cession de fonds, cette cession ne suffit pas à opérer le transfert de chacun des droits et valeurs qu'il comprend, il faut procéder pour chacun d'eux aux modes de transmission qui lui sont propres.

Il nous faut donc chercher quelle de ces théories concorde le mieux avec l'état actuel de nos lois.

(1) Agen, 3 mars 1902, D. P. 1902, 2, 239.

(2) Saleilles, *Cession de dettes*, *Annales de droit commercial*, 90, p. 33.

Or, tout de suite, nous devons écarter les théories d'Endemann, de Bekker et de M. Saleilles ; elles se trouvent en opposition radicale avec l'article 2092 C. civ. : « Quiconque s'est engagé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

La théorie du *Gesamtvermogen*, malgré l'opinion de plusieurs auteurs (1), ne nous paraît pas non plus devoir être admise ; la jurisprudence n'admet pas que les créances soient comprises dans le fonds, le successeur d'un failli ne pourra pas les recouvrer (2) ; de plus, nos lois ne réglementent pas la cession de dettes, et la cession de créances a des inconvénients, elle est souvent longue, compliquée et coûteuse. Nous étudierons ce point d'une façon plus précise (3).

La théorie du fonds de commerce, universalité de fait, nous paraît ne se heurter à aucune disposition de nos lois et s'accommoder de toutes ; on a objecté que la faillite ne pouvait être déclarée pour dettes civiles, ce qui semble indiquer une

(1) Boistel, *Précis de droit commercial*, p. 294. Rendu, *Traité de droit industriel*, n° 100, p. 70.

(2) Seine, 1^{er} décembre 1886, *Journal des tribunaux de commerce*. Teulet et Camberlain, 37, 122. Marseille, 14 août 1906. *G. Pal.*, 1906, 2, 207. Lyon-Caen, et Renault, *op. cit.*, n° 245 bis, p. 197.

(3) M. Wahl ne conçoit pas le fonds de commerce susceptible d'une prescription, différente de la prescription applicable à ses éléments, note sous Paris, 26 février 1895, S. 1897, 2, 89. Voir Gaudemet, p. 419, n° 423. Cependant, croyons-nous, il y a une certaine tendance de la jurisprudence et de la doctrine à envisager, dans certains cas, le fonds de commerce comme un sujet de droits, presque comme une personne morale.

séparation du patrimoine civil et du patrimoine commercial, contraire à l'idée que le fonds n'est qu'une universalité de fait. C'est exact, mais la faillite est un événement de la vie commerciale, tant que celle-ci n'est pas troublée, il n'y a pas lieu de déclarer la faillite (1) ; de plus, une fois la faillite déclarée, les créanciers civils se trouvent sur le même rang que les créanciers commerciaux.

C, — *Caractères juridiques du fonds de commerce.*

Le fonds de commerce doit être considéré, à notre avis, comme un meuble incorporel, non fongible.

a) *Le fonds de commerce est un meuble* parce que ses éléments sont mobiliers (2) et son caractère d'universalité ne peut changer sa nature mobilière (3).

D'où les conséquences suivantes : il tombera dans la communauté (1401 C. civ.), sera compris dans le legs des

(1) Lyon-Caen et Renault, t. VII, n° 62. Gombeaux, *Thèse*, p. 285.

(2) Cf. Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 241. Planiol, I, n° 2247, p. 715. Boistel, n° 429. Lèbre, n° 7, p. 7. Pélissier, *Des conditions de validité d'une vente de fonds de commerce et du rôle de l'intermédiaire dans cette vente*, n° 13. Nantet, *Des fonds de commerce, leur mise en gage, leur vente*, p. 28. Olivier, *Des cessions volontaires et à titre onéreux de fonds de commerce*, p. 27.

Nous aimons moins la raison qu'apporte M. Laurent, *Principes du droit civil*, v. n° 5133, à l'appui de cette opinion. « Le fonds de commerce doit être rangé parmi les meubles parce qu'il tend à un bénéfice, à une somme d'argent, objet mobilier ». Ne pourrait-on pas appliquer ce même raisonnement à un immeuble de rapport ?

(3) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. II, 164 bis.

meubles, ne sera pas susceptible d'hypothèque, on devra au contraire lui appliquer les règles du gage mobilier (1). Nous verrons plus loin que le privilège du vendeur d'un fonds de commerce est le privilège du vendeur de meubles.

Nous ne croyons pas qu'il puisse y avoir dans les éléments formant le fonds de commerce des éléments immobiliers. On a objecté (2) qu'au cas où un commerçant était propriétaire du local où il exerçait son commerce, le droit au bail, élément du fonds, était remplacé par l'immeuble lui-même. La Cour de cassation a été jusqu'à considérer dans ce cas les immeubles comme ameublis (3).

A notre avis, l'immeuble ne fait jamais partie du fonds de commerce, ce qui en fait partie, c'est le droit à la jouissance de l'immeuble, que ce droit résulte d'un bail, comme c'est le cas le plus fréquent, d'un droit d'usufruit, ce qui est rare dans la pratique, ou de la propriété même de l'immeuble.

C'est si vrai que le commerçant propriétaire de l'immeuble, vendant son fonds, n'est aucunement tenu de vendre en même temps son immeuble à son successeur, mais il doit lui en procurer la jouissance, ce qu'il fait souvent en le lui louant (4).

Dans ce même cas où le commerçant est propriétaire de l'immeuble, le matériel va-t-il devenir immeuble par destination, par application de l'article 524 C. civ., ou va-t-il rester

(1) Riom, 30 mars 1892. S. 94, 2, 237.

(2) Catalan, p. 57.

(3) Cass., 15 mai 1899, D. P. 99, I, 353 (p. 357, 1^{re} colonne.)

(4) Boutaud et Chabrol, *Traité général des fonds de commerce et de l'Industrie*, n° 49, p. 56.

meuble ? La question se pose en pratique pour savoir qui, des créanciers chirographaires ou des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble, doit comprendre le matériel dans son gage ?

La jurisprudence et la doctrine ont été longtemps divisées sur ce point (1).

L'opinion qui prévaut actuellement est celle exposée par M. Lyon-Caen dans une note sous un arrêt de Cassation du 31 juillet 1879 (2), elle nous paraît la meilleure, elle se résume en ceci : l'article 524 C. c., considérant comme immeubles par destination, les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service de l'exploitation de ce fonds (suit une assez longue liste), est énonciatif et non limitatif, peu importe que le fonds soit agricole ou commercial ; par conséquent, on doit admettre l'immobilisation par destination commerciale ; mais, pour cela, il faut que les meubles aient été réellement placés pour le service du fonds, soient un accessoire du fonds, et, pour atteindre ce but, il faut que le fonds ait été spécialement bâti pour l'exploitation commerciale, sans quoi, les meubles seraient un accessoire de la personne. Par exemple : les lits d'un hôtel seront immeubles si le bâtiment a été fait pour être un hôtel, ils seront bien alors

(1) Laurent, v. t. IV, n^{os} 4634. Planiol, t. I, 2222 et aussi Aubry et Rau, t. II, 164. Lèbre, 118, p. 216 et Catalan, p. 57.

V. l'historique de cette jurisprudence exposé par M. Lespinasse dans la *Gaz. des Trib.* du 4 septembre 1884. Nancy, 27 mars 1878, S. 80, I, 409. Caen, 1^{er} avril 1879. Toulouse, 15 mai 1879, S. 80, 2, 334. D. P. 79, 2, 176. Toulouse, 4 août 1883, S. 84, 2, 8.

(2) S. 80, I, 409.

l'accessoire du fonds ; mais, s'il a été fait pour être une villa de plaisance, ils seront alors l'accessoire de la personne et resteront meubles.

Les juges du fait auront à examiner si l'immeuble a été bâti ou non pour l'exploitation qui y est faite.

b) Le fonds de commerce est un meuble incorporel. — Ses éléments sont pour la plupart incorporels, et le principal, l'achalandage, a sûrement ce caractère. Cette opinion est admise par la plus grande majorité des auteurs (1) et par la plupart des arrêts (2).

Nous trouvons cependant quelques arrêts qui adoptent une autre solution ; le caractère de meuble corporel ou incorporel est bien entraîné par le caractère de l'élément principal du fonds, mais cet élément ne peut être fixé *a priori*, il varie suivant la valeur marchande : ce sera tantôt l'achalandage, tantôt, par exemple, les marchandises meubles corporels (3).

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, 240, Boistel, p. 429, Catalan, p. 72 et suivantes, Lèbre, n° 7, p. 6, Pélissier, n° 5 et 13, Rapport de M. Thézard au Sénat sur la loi de 1898, *Journ. Off.*, 24 décembre 1897, *Annexe*, n° 94.

(2) Cass., 13 mars 1888, S. 88, 1, 302, Paris, 24 décembre 1896, D. p. 98, 2, 23, Riom, 20 mars 1892, S. 94, 2, 207, Paris, 7 août 1897, D. p. 98, 2, 37, Paris, 26 février 1895, S. 92, 2, 89 et note A. Wahl, Comm. Seine, 29 mars 1900, Flers, 15 mai 1900, Rouen, 25 juillet 1900, Paris, 1^{er} août 1900, Châlons-sur-Saône, 17 décembre 1900, D. P. 1901, 2, 97, Paris, 22 mai 1901, D. P. 1903, 2, 97 et la note de M. Percerou, page 99.

(3) Lyon, 23 mars 1893, S. 94, 2, 237 et Cass., 25 juin 1895, L. 95, 1, 409, Comm. Seine, 2 mars 1901, J. C. 52, 84. Thaller, *Ann. dr. co.* 1889, *Doctrine*, p. 221.

Cette conception ne nous paraît pas admissible : pour séparer l'accessoire du principal, il faut tenir compte de l'importance des divers éléments sans considérer leur valeur marchande (1).

De ce que le fonds est un meuble incorporel, nous tirons les conséquences suivantes : l'article 2279 ne s'appliquant qu'aux meubles corporels (2) la possession d'un fonds de commerce ne dispensera pas le possesseur de prouver qu'il en est le propriétaire ; un fonds de commerce ne peut être grevé d'hypothèque, mais il peut être donné en gage ; l'officier compétent pour en opérer la vente sera le notaire, non le commissaire priseur (loi du 22 pluviôse an VII). La loi du 27 février 1880, relative à l'aliénation des valeurs mobilières du mineur, sera, à notre avis, applicable, en principe, au fonds de commerce (3).

c) Le fonds de commerce n'est pas fongible. — Donc, il est susceptible d'usufruit, et non de *quasi* usufruit ; l'usu-

(1) Voyez les considérants de l'arrêt du 13 mars précité (note 2 p. 39).

(2) Paris, 22 mai 1901, S. 1905, 2, 121, Comm. Seine, 15 novembre 1905, la loi du 22 janvier 1906, Comm. Seine, 8 juillet 1904, la loi du 1^{er} octobre 1904, Contra : Comm. Seine, 2 décembre 1895, J. C. 46, p. 159.

Note d'A. Wahl sous Paris, 22 mai 1901, précité. Il importe de se rappeler que l'art. 2279 ne réalise aucune acquisition immédiate au profit du possesseur de bonne foi, mais tranche une question de preuve (v. Moissenet, *Etude sur le droit de suite en matière de privilèges mobiliers*, Thèse, p. 88, et la majorité des auteurs) ; la preuve de la propriété d'un meuble incorporel est le plus souvent écrite.

(3) Lyon-Caen, t. III, p. 242, Laurent, t. V, p. 417, Aubry et Rau, t. II, p. 740.

fruitier doit le rendre (Art. 587 C. c.) et non sa valeur, à la fin de l'usufruit.

Avant la conception du fonds de commerce universalité, on avait connu le fonds de boutique, formé par les marchandises (1) ; influencée par cette idée, la jurisprudence a vu assez longtemps, dans le fonds de commerce, une chose fongible (2) ; depuis, elle a changé et s'est rangée à l'avis de la Doctrine (3). Elle a admis cependant que la vente d'un fonds de commerce par l'usufruitier peut être déclarée valable (4) ; nous ne pouvons admettre cette solution motivée vraisemblablement par des raisons inhérentes à l'espèce.

Quelques auteurs envisagent autrement la question de fongibilité du fonds de commerce.

Selon eux, il faut distinguer suivant les éléments ; pour chacun, la solution pourra être différente (5), cette conception est basée sur l'idée que les divers éléments du fonds n'ont aucun lien entre eux.

C'est tourner la question et non y répondre. Le but voulu apparaît nettement : permettre l'usufruit sur les marchandises ; or, nous arrivons à ce même résultat en considérant le nu-propiétaire comme propriétaire des marchandises, malgré leur renouvellement, admettant, ce qui nous paraît logi-

(1) Cf. p. 16.

(2) Voir arrêts cités, p. 22 et Toulouse, 18 décembre 1832, S. 1833, 2, 209.

(3) Cass., 26 février 1894, S. 1895, 1, 102 (note A. Wahl.)

(4) Aix, 12 mars 1878, S. 1878, 2, 265.

(5) Lèbre, p. 16, A. Wahl, note sous Cass., 26 février 1894, Thaller note dans *Ann. dr. co.*, 1889, *Doct.* p. 221.

que, que les marchandises achetées prennent juridiquement la place des marchandises vendues, par une sorte de subrogation réelle (1).

Nous pouvons donc, maintenant, définir le fonds de commerce : *une universalité de fait, mobilière, incorporelle, non fongible, formée par l'achalandage et les éléments qui s'y rattachent.*

(1) Voir Catalan, p. 89.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I

NATURE CIVILE OU COMMERCIALE DE LA VENTE DE FONDS DE COMMERCE

La vente de fonds de commerce est-elle un acte civil ou commercial ?

La question est intéressante à plusieurs points de vue :

1° Si c'est un acte civil, les tribunaux civils seront compétents pour juger des contestations qu'il pourra faire naître. Dans le cas contraire, les tribunaux de commerce seront compétents.

2° Les modes de preuve du droit civil s'appliqueront si c'est un acte civil, sinon les règles du C. Co. (art. 109), seront suivies (preuve par témoins, par simples présomptions même au-dessus de 150 francs, contre et outre le contenu aux actes (art. 1341 C. civ.), pas de formalité des doubles.

3° En matière commerciale seulement, le juge pourra faire prévaloir un usage sur une disposition de la loi interprétative de la volonté des parties. Cet usage peut être, en effet, plus récent et mieux connu des parties que la loi, il est lo-

gique de supposer que celles-ci ont entendu s'y conformer (1).

Un acte est commercial :

1° Quand il est compris dans l'énumération limitative des articles 632 et 633 C. Co. (acte commercial par lui-même).

2° A raison de la qualité de commerçant de son auteur, quand cet acte est fait pour les besoins de son commerce (acte commercial en raison de la théorie de l'accessoire) (2).

De plus, un acte peut être commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre.

Nous examinerons donc, en nous plaçant successivement au point de vue de l'acheteur et à celui du vendeur, la question de savoir si l'acte est commercial par lui-même, ou en vertu de la théorie de l'accessoire.

A. L'achat d'un fonds de commerce est-il un acte de commerce par lui-même ? — Il ne peut l'être que si c'est un achat pour revendre ; l'achat d'un fonds pour l'exploiter, pour le fermer, pour y faire des expériences scientifiques (3) ou pour toute autre cause (4) n'est pas un acte de commerce par lui-même, l'énumération des articles 632 et 633 C. Co. est limitative, il ne faut pas l'oublier.

(1) Par exemple, contrairement à l'article 1184, C. C. un usage peut obliger l'acheteur qui a reçu une marchandise non conforme à l'échantillon à conserver cette marchandise moyennant une réduction de prix, Thaller, *Tr.*, n^{os} 50 et 999.

(2) Voir les traités de droit commercial et Paris, 15 mai 1902, S. 1903, 2, 34.

(3) Paris, 6 mars 1885, J. C., 7, 296.

(4) Paris, 26 mai 1885, J. C., 4, 280.

B. *L'achat d'un fonds de commerce est-il un acte de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire ?* — Il faut distinguer deux cas : l'acheteur est déjà ou n'est pas encore commerçant au moment de l'achat.

a) L'acheteur est déjà commerçant ; il achète un fonds pour le fondre avec le sien, pour le fermer, supprimant ainsi un concurrent gênant, il agit donc dans l'intérêt direct de son commerce, la théorie de l'accessoire s'appliquera sans aucun doute (1) ; elle n'aurait pas lieu de s'appliquer si cet achat n'était pas fait dans l'intérêt direct du commerce primitivement exploité ; si, par exemple, un négociant en vins achetait un fonds de quincaillerie (2), si un négociant en vins à Paris achetait pour le fermer un fonds de vins, liqueurs, voisin de sa villa à la campagne, et ayant une clientèle bruyante.

b) L'acheteur n'est pas commerçant : achetant un fonds pour toute autre cause que l'exploitation, il ne fait sûrement pas acte de commerce. Fait-il un acte de commerce en achetant un fonds pour l'exploiter ? Les avis sont partagés.

Première opinion : ce n'est jamais un acte de commerce ; ce ne pourrait en être un qu'en vertu de la théorie de l'accessoire ; or, celle-ci ne peut s'appliquer, l'acheteur au moment de l'achat n'étant pas commerçant (3). Si cette théorie paraît logique, elle a le grave inconvénient de priver des avantages

(1) Paris, 20 juin et 12 novembre 1849, S. 49, 2, 577.

(2) Ce cas nous reporterait au cas suivant b.

(3) Voir Olivier, *Des cessions volontaires et à titre onéreux de fonds de commerce*, p. 37.

du droit commercial (preuve, compétence, économie de temps et de frais) les débutants qui en ont plus besoin que tous les autres (1); cette théorie a peu été suivie par la jurisprudence (2)

Deuxième opinion : si le fonds de commerce a été acheté avec les marchandises, si celles-ci, achetées dans le but de la revente, ont une valeur supérieure à celle du fonds, ce dernier deviendra l'accessoire des marchandises dont il suivra le sort; l'achat, commercial pour ces dernières, sera donc commercial de même pour le fonds. Ce système a souvent été admis par la jurisprudence (3), nous ne pouvons l'adopter, il suppose qu'il y a un achat principal des marchandises et un achat accessoire du fonds de commerce; nous croyons qu'il n'y a qu'un seul achat : celui du fonds dont font partie les marchandises, quelle que soit leur valeur.

Troisième opinion : l'achat pour exploiter est toujours un acte de commerce.

Non pas, dit M. Lèbre (4), en vertu de la théorie de l'accessoire, mais en vertu de l'article 632 C. Co., car cet achat finit toujours par une revente; nous ne sommes pas de

(1) Thaller, n° 78, p. 60.

(2) A l'appui de cette opinion, on cite souvent l'arrêt de Req. du 24 avril 1861, S. 61, 2, 625, c'est une erreur, l'arrêt conclut bien dans le sens de la non-commercialité, mais il s'agit dans l'espèce d'une mineure non habilitée à faire le commerce, ce qui change complètement la face de la question, ainsi que nous le verrons plus loin.

(3) Cass., 8 mars 1880, S. 81, 1, 27, Rennes, 31 mars 1892, D. p. 93, 2, 79.

(4) P. 29 et 30.

cet avis, outre que la revente n'est pas fatale, nous croyons que pour pouvoir appliquer l'article 632, il faut l'intention de revendre au moment de l'achat, et non postérieurement à l'achat.

L'achat d'un fonds pour l'exploiter est commercial en vertu de la théorie de l'accessoire, ce système est le plus généralement admis, cet achat est, en effet, le premier acte du commerçant, celui qui le fait entrer dans la vie commerciale ; on a objecté que dans cette opinion, on fait précéder le principal par l'accessoire, la cause par l'effet ; cette objection ne doit pas nous arrêter ; de ce que, le plus souvent, la cause précède l'effet, il ne découle pas qu'il doit toujours en être fatalement ainsi. Le seul point délicat est celui-ci : on ne pourra affirmer qu'un achat de fonds a été commercial que lorsqu'on aura vu l'acheteur exploiter (1) ; en pratique, cela n'a pas de grands inconvénients.

B. La vente d'un fonds de commerce est-elle un acte commercial par lui-même ? — Oui, si c'est une conséquence directe de l'achat (article 632), non dans le cas contraire, si le propriétaire vend son fonds pour se retirer des affaires, pour s'en débarrasser (si il en a hérité, par exemple), etc...

La vente d'un fonds de commerce peut-elle être un acte de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire ?

Nous le croyons pour le cas seulement où le vendeur vend le fonds qu'il a exploité. Des opinions semblables à celles admises pour l'achat se sont établies ; nous ne les répéterons

(1) Paris, le 12 mars 1829, S. 29, 2, 164.

pas ; le seul point où la question diffère est celui-ci : il est inutile de faire précéder la cause par l'effet, le vendeur étant commerçant quand il vend, la vente est son dernier acte de commerce, il ne cesse d'être commerçant qu'après cette vente.

CHAPITRE II

CONDITIONS DE LA VENTE

SECTION I

Consentement — Moment de formation

Lieu de formation — Dédit.

Nous avons à examiner ici les conditions de la vente du fonds de commerce ; ce sont ces conditions générales, nécessaires à la validité de toute vente, c'est-à-dire : le consentement donné par des parties capables de le faire, un objet, un prix (1).

(1) Pour les ventes de marchandises ordinaires le contrat sera parfait dès qu'il y aura accord sur la chose et sur le prix, alors même que l'entente ne serait pas faite sur certaines stipulations accessoires, telles que le terme de paiement et la livraison ; le juge peut suppléer à l'absence de ces stipulations, les parties étant censées s'en référer à l'usage sur les points non réglés par la Convention (1523, C. civ.). En matière de vente de fonds de commerce, ni la loi, ni l'usage ne réglant les clauses accessoires du contrat, la vente peut n'être déclarée parfaite qu'autant qu'une entente définitive s'est établie sur toutes ces clauses, *Trib. comm.*, Nantes, 20 juin 1885, *Rec.*, Nantes, 360, 85.

Cependant, la question de savoir si le défaut d'accord sur ces

Nous nous occuperons donc successivement de ces divers points, en nous attachant uniquement aux particularités qu'ils présentent quand il s'agit de la vente de fonds de commerce. Pour le reste, nous renvoyons aux Traités de droit civil et commercial, et aux ouvrages généraux sur la vente (1).

Consentement.

Pour être valable, le consentement doit être exempt d'erreur, et avoir été donné librement, sans violence physique, sans manœuvres frauduleuses (dol). Pour l'erreur et la violence, nous ne voyons rien de particulier à notre sujet ; il en est autrement du dol.

Le dol se rencontre très fréquemment, dans les ventes de fonds de commerce, les manœuvres frauduleuses qui le constituent ayant eu pour but d'amener une partie à contracter (dol principal) ou à accepter des conditions désavantageuses (dol incident).

En pratique, le dol émanant de l'acquéreur contre le vendeur est rare ; c'est généralement le contraire qui se produit :

Un commerçant voit ses affaires et ses bénéfices décroître, il n'aperçoit qu'une issue : vendre son fonds ; mais ce fonds n'a aucune valeur, il tâchera donc de trouver un naïf, et lui

conditions accessoires est de nature à rendre inefficace l'accord sur les conditions principales, est résolue d'après les circonstances, Lyon, 4 mars 1891, *Mon.*, Lyon, 9 mars 1891.

(1) Guillouard, *Traité de la vente et de l'échange*, Planiol, *op. cit.*, Lyon-Caën et Renault, *op. cit.*

montrera des avantages imaginaires, lui annoncera des bénéfices fortement majorés, ou même inexistants, les lui garantira au besoin, produira de faux bilans, lui cachera bien entendu la vérité, s'il a par exemple un procès avec le propriétaire, si l'installation de son établissement contient des vices cachés (1).

L'acquéreur entre en possession ; il met peu de temps à s'apercevoir du piège dans lequel il est tombé ; sa seule ressource est de demander aux Tribunaux, dans l'espèce au Tribunal de commerce, la nullité de la vente ou une réduction du prix.

Ajoutez à cela qu'il court encore le risque de l'insolvabilité de son vendeur lorsqu'il a versé tout ou une partie du prix en espèces comptant. — Cela est malheureusement fréquent, au point que certains corps de métiers, notamment les boulangers à Paris, pour parer à ce risque, conviennent que le prix ne sera versé au vendeur qu'un certain temps après la mise en possession de l'acheteur (quinze jours le plus souvent).

Que va faire le Tribunal saisi de la demande en nullité ?

Le vendeur se défendra en disant en substance ceci : mon acquéreur savait ce qu'il faisait ; il connaissait ma maison avant de l'acheter ; s'il ne réalise pas les bénéfices qu'il escomptait, son incapacité en est la cause.

Les jugements abondent et leurs décisions sont très di-

(1) Cheminées en mauvais état dans un hôtel meublé, Paris, 4 novembre 1892, J. C. 42, 430. Canalisations défectueuses dans un établissement de bains, Paris, 15 mars 1899, J. C. 49, 324.

verses. En général, toutes les fois qu'il est prouvé que l'achat de la maison est dû à des manœuvres dolosives émanant du vendeur, les Tribunaux annulent la vente ou réduisent le prix ; cette preuve est facile quand il a été garanti, par le vendeur, un chiffre de bénéfices (1), quand le vendeur a fourni un bilan frauduleux (2) ; elle est plus délicate dans les autres cas si, par exemple, le chiffre d'affaires a été majoré (3).

Souvent les Tribunaux voient dans l'exagération des bénéfices, non un dol principal mais un dol incident ; ils allouent alors des dommages et intérêts sous forme de réduction de prix (4) ; ils ont raison. Souvent aussi, l'acheteur ne prend pas assez de précautions ; les allégations sans garantie, surtout alors qu'elles sont susceptibles d'être vérifiées par le vendeur, ne constituent pas un dol. Il ne peut être défendu au vendeur de présenter sa chose sous l'aspect le plus séduisant, d'exagérer ses bénéfices, mais sans les garantir (5).

La mauvaise foi du vendeur ne se présume pas ; lorsque la preuve de cette mauvaise foi n'est pas faite, et c'est ce qui arrive le plus souvent, car, le vendeur escomptant bien un procès futur, s'est tenu sur ses gardes et a évité notamment de donner un écrit quelconque qui pourrait deve-

(1) Seine, 26 juillet 1899, J. C. 50, p. 173.

(2) Seine, 17 mai 1893, J. C. 43, 324.

(3) Paris, 16 janvier 1896, J. C. 46, 169, Paris 14 mars 1896, J. C. 47, 9, Paris, 2 décembre 1897, J. C. 48, 247, Seine, 9 mai 1900, J. C. 51, 169, *Req.* 22 octobre 1900, S. 04, 1, 14, Paris, 9 nov. 1889, S. 1900, 2, 296. Comm. Nantes, 17 février 1906. *Rec.* Nantes, 1906, 296, Seine, 18 octobre 1905, J. C. 56, 124.

(4) Douai, 8 février 1907, D. p. 08, 2, 5.

(5) *Ibid.*, et 16 janvier 1907, D. p. *ibid.*

nir une preuve contre lui, de s'engager devant témoins, etc..., les tribunaux maintiennent la vente sans indemnité (1).

Les parties acquéreur et vendeur peuvent s'entendre pour léser les tiers, par exemple en dissimulant aux créanciers le prix réel de la vente, l'acquéreur remettant une partie du prix de la main à la main au vendeur « sous la table » ; ce n'est plus un dol, c'est une fraude, nous en parlerons plus loin quand nous nous occuperons des effets à l'égard des tiers.

Moment et lieu de formation.

Dès que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix, la vente est parfaite. Quel est ce moment ? Pas de difficulté, sauf pour le cas où les parties ont traité par correspondance ; cas d'ailleurs assez rare dans les ventes de fonds de commerce où les pourparlers se font souvent par lettres, mais où la présence effective des parties à la vente est presque la règle. Dans les ventes par correspondance, suivant nous, le contrat est parfait dès que l'acceptant s'est dessaisi de son acceptation (2).

(1) Comm. Seine, 13 juillet 1899, J. C. 50, 128. Comm. Seine, 3 octobre 1901, J. C. 52, 310, Comm. Seine, 21 octobre 1901, J. C. 53, 19, Comm. Seine, 15 juillet 1902, J. C. 53, 200. Orléans, 11 avril 1902, la loi du 18 juillet 1902, Comm. Seine, 6 octobre 1904, J. C., 55, 205.

Voyez cependant en sens contraire, Cass., 15 février 1898, D. p. 1898, 1, 95, Seine, 14 mars 1896, la loi du 2 juillet 1896. L'erreur de l'acquéreur a suffi pour faire réduire le prix de vente, sans mettre en jeu la bonne ou la mauvaise foi du vendeur.

(2) Lyon, 29 avril 1875, S. 75, 2, 363, Chambéry, 8 juin 1877, S. 77,

Cette solution a les conséquences suivantes : le lieu du contrat sera le lieu où est domicilié l'acceptant, on appliquera la loi nationale de l'acceptant (s'il est étranger), la capacité légale pour contrat devra exister chez les parties le jour de l'acceptation ; elle a, à notre avis, l'énorme avantage suivant : si l'offrant, une fois l'acceptation partie, vend à un tiers la marchandise offerte, cette vente sera nulle, comme vente de la chose d'autrui (1599 C.c.) s'il s'agit d'un corps certain (un fonds de commerce, par exemple) ; tandis que l'autre solution la valide, condamnant, il est vrai, l'offrant à des dommages et intérêts (1382 C.c.), mais des dommages et intérêts remplacent difficilement un corps certain.

Quant à la possibilité d'annuler par télégramme ou téléphone une acceptation émise par lettre, on peut la considérer comme une condition résolutoire conforme à la volonté des parties, comme l'admettent les codes de commerce allemand hongrois, et le code suisse des obligations (1).

Dédit.

Il arrive très souvent, en pratique, que les parties désireuses de ne pas donner leur consentement au contrat d'une façon irrévocable, font une vente sous condition résolutoire potestative, chaque partie pouvant se prévaloir de cette con-

2, 252. Cass. 6 août 1867, S. 67, 1, 400, D. p. 68, 1, 35, Cass. 3 mars 1881, S. 82, 1, 56. Voir aussi Merlin, *Répertoire*, V. *vente*, 1, art. 3, Planiol, *Traité*, t. II, n° 1024, Olivier, *Thèse*, p. 49.

(1) Lyon Caen et Renault, *loc. cit.*, p. 23.

dition, avant une date déterminée, à charge par celle qui s'en prévaut de payer à l'autre des dommages et intérêts fixés à forfait par le contrat, et même, le plus souvent, déposés dès le contrat entre les mains de tiers qui auront à les remettre à l'autre partie si la vente est résolue ou à les restituer le jour où la vente cessera d'être résoluble. Un pareil acte est qualifié le plus souvent du mot impropre de « compromis » ou mieux de « dédit ».

Voici, en général, comment les choses se passent :

Primus vend son fonds de restaurateur à Secundus (il pourrait promettre de vendre, cela reviendrait au même) (1589 C. c.) (1). Ils rédigent un acte sous-seing privé qu'ils signent, peu importe la qualification de compromis donné, c'est une vente (2).

L'acheteur devient immédiatement propriétaire du fonds, mais son entrée en possession (et le paiement le plus souvent) est reportée d'un commun accord à une date postérieure. Les parties ont convenu en outre qu'à cette date Primus pourra se refuser à livrer, ou Secundus à prendre livraison, à charge de payer à la partie adverse une somme de mille francs par exemple.

L'acte n'en est pas moins parfait, en tant que vente, s'il renferme une clause portant que les marchandises seront reprises à dires d'experts, c'est-à-dire, accessoirement au prix principal, et conformément à cette estimation (3); cette clause per-

(1) Paris, 4 nov. 1869, J. C. 49, p. 434.

(2) Paris, 4 août 1864, J. C. 14, p. 232.

(3) Paris, 12 mai 1875, J. C. 25, p. 85.

met au vendeur Primus d'exploiter le fonds jusqu'à l'entrée en possession de l'acheteur Secundus sans avoir de comptes à lui rendre, puisque lui, Primus, reste propriétaire des marchandises jusqu'à ce moment.

Le jour fixé pour l'entrée en possession arrive. Primus refuse de livrer; Primus devra payer mille francs à Secundus et la vente sera résolue. Primus ne pourra se dérober au paiement s'il a déposé les mille francs entre les mains de Tertius, comme nous l'avons vu plus haut; solution exactement parallèle si Secundus refuse de prendre livraison.

Mais il arrive très fréquemment aussi que les parties passent un contrat de vente sous-seing privé, retardant simplement la prise de possession, la portant à une certaine date, mais ne faisant pas mention de condition résolutoire potestative.

Le jour de la prise de possession arrive, l'une des parties se refuse à tenir sa promesse, la situation se complique; nous l'étudierons à propos des obligations du vendeur et de l'acheteur.

SECTION II

Capacité des parties.

La loi frappe d'incapacité (1) le mineur, l'interdit, le prodigue et la femme mariée. Dans quelle mesure ces derniers pourront-ils acheter ou vendre un fonds de commerce ?

Tout d'abord, une distinction s'impose entre les cas où l'achat, ou la vente, d'un fonds de commerce est un acte civil et ceux où c'est un acte de commerce (2).

Lorsque l'achat ou la vente d'un fonds de commerce est un acte civil, les principes du droit civil s'appliquent ; le mineur (3), devra vendre le fonds de commerce, meuble incorporel (452 C. c.) (4), en observant les formes requises par les art. 1 et 2 de la loi du 27 février 1880 (autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal si la valeur du fonds dépasse quinze cents francs).

(1) Nous laisserons de côté les cas spéciaux où la vente est interdite (art. 1594, 1597 C. C.).

(2) Cf. 1^{re} partie, chap. I, p. 43.

(3) Il a, par exemple, recueilli le fonds de commerce dans une succession et la vente a eu lieu sans qu'il l'ait exploité, Bordeaux, 29 décembre 1890, S. 1890, 2, 221.

(4) Il peut aussi le garder avec l'autorisation du conseil de famille ou par la volonté de ses père et mère (453 C. c.) ce qui n'a d'intérêt pratiquement que s'il peut l'exploiter, cette exploitation n'est possible qu'à la condition de devenir commerçant, mais alors, l'achat sera un acte commercial.

A défaut d'observation des formes prescrites, l'acte sera nul (1125, C. C.) mais de nullité relative, seul le mineur pourra s'en prévaloir; si aucune forme n'a été prescrite (par exemple achat au moyen d'économies réalisées sur les revenus, auquel cas, l'autorisation du tuteur suffit (455 C.C.) la rescision ne sera possible que s'il y a eu lésion (1305 C.C.).

Emancipé, le mineur ne pourra faire seul que des actes de pure administration, et ne pourra, par conséquent, acheter ni vendre seul un fonds de commerce (481 C.C.)

Quant à l'interdit, il ne peut, seul, passer aucun acte (502 C.C.) et doit être assimilé au mineur (509 C.C.)

Le prodigue ne pourra aliéner un fonds de commerce (499 C.C.) ni en acheter un, sans l'autorisation de son conseil de famille (1).

La femme mariée ne peut acquérir ni aliéner sans l'autorisation du mari (217 C.C.) ou de justice (218 C.C.) et cette autorisation doit être spéciale pour chaque acte (223 C.C.) depuis la loi du 6 février 1893, la femme séparée de corps n'a pas besoin de cette autorisation.

Lorsque l'achat ou la vente d'un fonds de commerce est un acte de commerce, ce qui est de beaucoup le cas le plus fréquent, la solution est différente, il faudra que la capacité de faire un acte de commerce soit donnée dans les formes voulues par le Code de commerce.

Le mineur devra être émancipé, avoir plus de dix-huit ans, être autorisé par son père, ou sa mère si le père est mort,

(1) Lyon, 9 juin 1883, D. p. 1884, 2, 283.

absent ou interdit, ou par une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal. L'affichage de l'autorisation au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile est indispensable (2 et 3 C. Co.) A ces conditions, le mineur est capable d'acheter ou de vendre un fonds de commerce ; il n'y en a pas d'autre (1).

Le mineur étant devenu commerçant est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce (487 C. C.) et n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce (1308 C. C.)

Sans l'observation de ces formalités, l'acte fait par le mineur sera nul, car il y avait des formes prescrites pour sa validité et ces formes n'ont pas été observées (1125 C. C.)

Certains auteurs et arrêts exigent la lésion comme condition de l'annulation de la vente (1305 C. C.) (2).

Nous ne pouvons être de cet avis (3), à moins, qu'il ne s'agisse d'un achat non commercial pour lequel aucune forme n'est prescrite (dans certains cas) (4).

L'interdit ne peut faire d'actes de commerce accidentels, et son tuteur ne pourra en faire pour lui ; l'achat ou la vente

(1) Quant à la loi du 27 février 1880, elle ne s'applique pas au mineur commerçant, dont elle ne parle pas, la discussion à la commission de la Chambre est nette en ce sens. Cf. Lyon-Caen et Renault t. III, n° 244, et Paris, 20 juin 1904, D. p. 1906, 2, 215.

(2) Rouen, 3 juillet 1858, D. p. 1859, 2, 216. Cass. Req. 21 août 1882, S. 1883, 1, 113 et la note de M. Lyon-Caen.

(3) En ce sens voir la note de M. Lyon-Caen sous l'arrêt de requêtes précité ; et l'arrêt déjà cité de la Cour de Paris du 20 juin 1904.

(4) Voir p. 46, note 2.

d'un fonds ne peut être pour lui qu'un acte civil et nous nous retrouvons dans le cas ci-dessus étudié.

Le prodigue peut acheter ou vendre un fonds de commerce avec l'assistance de son conseil, mais l'achat ou la vente n'auront guère d'intérêt, elle finirait ou commencerait un commerce, « ils ne sauraient être autorisés d'une manière générale à faire le commerce, autrement le conseil judiciaire aura la faculté d'effacer une incapacité qui, créée par la justice, ne peut être levée que par elle » (1).

La femme mariée peut faire un acte de commerce séparé avec le consentement de son mari, le Code de commerce n'ayant pas dérogé, sur ce point, au Code civil, elle pourra acheter ou vendre un fonds de commerce, l'autorisation que le mari lui donnera d'acheter un fonds équivaudra à une autorisation de faire le commerce (4. C. Co.), autorisation qui peut être tacite suivant l'opinion généralement admise, et qui est toujours générale ; lors donc que la femme est autorisée à faire le commerce, elle pourra vendre son fonds et même en acheter un autre sans l'autorisation spéciale de son mari ; le mari pourra révoquer l'autorisation s'il le juge à propos.

Ajoutons enfin que ne pourront pratiquement acheter un fonds de commerce ceux à qui le commerce est interdit par une disposition législative quelconque, magistrats, notaires, avoués, etc... (2) — Un tel achat est en effet le premier acte

(1) Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 218, p. 252.

(2) Voir dans Bouteaud et Chabrol la liste complète de ces derniers pp. 2 et 12, n°s 12 et 13 et Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 215, p. 248.

d'une vie commerciale dont la loi les écarte. — Mais l'achat passé par l'un d'eux, sera parfaitement valable, l'acquéreur pourrait en effet se démettre de ses fonctions après l'achat pour pouvoir exercer valablement le commerce (1) et encourrait seulement une pénalité.

Là encore, il y aura à voir si la défense porte sur un acte de commerce quelconque, auquel cas la peine sera encourue conséquemment à un seul acte, ou si elle porte sur le commerce en général, auquel cas, elle pourra ne pas être appliquée, un seul acte de commerce étant insuffisant pour faire un commerçant.

SECTION III

Objet de la vente — Légalité.

Supposons un contrat ainsi conçu : « Primus vend par ces présentes son fonds de commerce à Secundus », quel sera l'objet de la vente ?

Notre conception du fonds, universalité de fait, complique la réponse, les éléments du fonds varient constamment en nombre et en importance, aussi, dans la plupart des cas, des contestations surgiront et la solution sera donnée par les tribunaux juges du fait. D'où le gros intérêt qu'ont les

(1) Tr. Co. Havre, 13 juin 1894, Rec. Havre, 1894, 1. 150.

parties à préciser dans la vente les éléments du fonds vendu.

Nous tenterons cependant de donner une réponse, en passant en revue successivement les divers éléments du fonds et en examinant pour chacun d'eux s'ils doivent être compris dans la vente du fonds.

Une idée générale doit nous guider : l'âme du fonds, c'est l'achalandage (1).

Sans vente d'achalandage, pas de vente de fonds de commerce.

L'achalandage, c'est la possibilité d'une clientèle (2) — le vendeur doit donc donner à l'acheteur les moyens de rendre cette possibilité aussi grande que possible, sinon, il lui retirera d'une main ce qu'il lui aura donné de l'autre (3) Ces moyens ce sont les divers éléments du fond de commerce.

Clientèle.

La cession de clientèle diffère de la cession d'achalandage : cette dernière est la cession de la possibilité de continuer les rapports avec les clients anciens et d'en *créer d'autres avec de nouveaux clients*.

La cession de clientèle est la cession de rapports avec des clients anciens.

On a nié avec beaucoup d'énergie la possibilité d'une pa-

(1) Voir p. 26 (préliminaires chap. II).

(2) Voir page 24, chap. II.

(3) Paris, 27 janvier 1893, D. p. 1893, 2, 232, Catalan, p. 102.

reille cession ; on ne dispose pas des clients comme d'un bétail (1).

Nous distinguerons ; on ne cède pas, croyons-nous, une clientèle strictement attachée à la personne (2) (médecin, avocat), mais cette attache à la personne n'existe pas toujours, bien des clients connaissent le fonds mais en ignorent le propriétaire, alors la cession est possible, ce qui revient à dire qu'on peut céder non pas les rapports du client avec soi-même, mais les rapports du client avec le fonds qu'on exploite.

Enseigne.

L'enseigne c'est le nom même de l'établissement, « A l'an-neau d'or », il n'est pas douteux que ce nom servant de signe de ralliement à la clientèle ne se transmette à l'acheteur d'un fonds par le seul fait de la vente du fonds (3). Il faut, bien entendu, distinguer l'enseigne, dénomination immaté-rielle du fonds, de la pièce de bois ou de tôle sur laquelle elle est figurée. Cette pièce peut être considérée ou non comme faisant partie du matériel. Si c'est un tableau de prix, la pro-priété peut en être réclamée par le vendeur — c'est une ques-tion de fait à résoudre (4).

(1) Bayart, *Thèse*, p. 25.

(2) Planiol, *op. cit.*, t. II, p. 460, n° 370, tout ce qu'on peut faire, c'est faire payer une indemnité pour la peine prise de présenter son successeur au client.

(3) Combeaux, *Thèse*, p. 92, Pouillet, n° 696, p. 821, n° 712, p. 845, Thaller, n° 99, p. 69. Boutaud et Chabrol, n° 100, p. 109, Paris, 3 juillet 1857, J. C. t. 6, p. 73, Amiens, 21 décembre 1889. Rec., Amiens, 1890, p. 84, Paris, 9 mai 1901, J. C. t. 52, p. 380, Grenoble 5 février 1902, J. C. t. 52, p. 820, Civ., Seine 21 janvier 1901, *Le Droit* 1^{er} août 1901.

(4) Rendu, *Traité pratique du droit industriel*, p. 677.

Nom.

Il importe d'établir d'abord ce qu'on entend par nom.

Le nom patronymique, celui qui sert à distinguer un individu de ses semblables est incessible et imprescriptible. — Il est tout à fait en dehors de notre sujet.

Le nom signature, c'est le nom qui, écrit par celui ou ceux qui en ont le pouvoir, engage une ou plusieurs personnes ; il peut se confondre avec le nom patronymique, il peut aussi en différencier complètement, si, par exemple, il s'agit d'une société commerciale ; il est certain que ce nom signé ne peut engager ni un prédécesseur, ni un successeur dans un commerce, les conventions n'ayant pas d'effet vis-à-vis des tiers. (et successeur et prédécesseur seraient des tiers dans l'espèce) il est donc hors de doute qu'en cédant son fonds on ne cède pas signature (1).

La possibilité d'une pareille cession aurait pour conséquence logique d'engager le prédécesseur pour tous les actes signés par le successeur, sans que ce successeur fût lui-même engagé, — ce qui serait illogique au plus haut point.

Reste le nom commercial proprement dit, c'est le nom de l'établissement, du fonds de commerce.

Il sert de signe de ralliement à la clientèle au même titre que l'enseigne et souvent à défaut d'enseigne ; il nous paraît indiscutable qu'il passe au successeur avec le fonds (2).

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 498.

(2) Thaller, *loc. cit.* Rendu, *Tr.* n° 418, p. 261, Pouillet, n° 552, Gombeaux, p. 90. Lyon-Caen et Renault t. III, 46 bis. Paris, 29 décembre 1858. J. G. 8, 269, Caen, 23 février 1881, S. 1881, 2, 133, Seine, 1^{er} oc-

Comme l'enseigne, il symbolise aux yeux du public les traditions de la maison, d'ailleurs on lui a donné le nom de nom-enseigne pour le distinguer.

Si le nom-enseigne passait au successeur sans aucune restriction, les tiers pourraient croire la maison toujours dans les mêmes mains ; ils seraient induits en erreur, et remarqueraient, mais trop tard, que la solvabilité n'est plus la même que la maison est mal gérée, etc... Il importe donc beaucoup dans leur intérêt qu'ils soient prévenus du changement de propriétaire.

S'il est logique que le nom reste à la maison, il est nécessaire que le client sache que la maison a passé en d'autres mains, ajoutez à cela que si le prédécesseur veut se rétablir, il reprendra son nom comme nom-enseigne, et une confusion sera possible dans l'esprit du public.

Pour concilier ces idées, les auteurs et la jurisprudence sont unanimes à exiger qu'à côté du nom du précédent propriétaire soit mise la mention « ancienne maison », ou qu'à

tobre 1886, J. C. 37, 74, Caen, 29 mai 1889, S. 1892, 1, 341, Paris, 19 mars 1890, J. C. 40, 306, Bordeaux, 28 octobre 1896, J. C. 46, 794, Paris, 3 janvier 1901, S. 1904, 2, 63.

En Allemagne, le nom commercial *Firma* doit être inscrit sur le registre du commerce (*Handelsbuch*), il suit le fonds malgré les cessions dont il peut être l'objet et sans que ces cessions le modifient ; — par exemple : la maison Müller gardera son nom bien que son propriétaire actuel soit le cinquième successeur de M. Müller. Si les tiers veulent connaître le propriétaire de la maison Müller, ils n'auront qu'à consulter le *Handelsbuch* où toutes les cessions sont mentionnées. C. Co. allemand de 1897, livre I, sect. 3.

côté du nom du successeur soit mise la mention « successeur » (1).

En pratique, il arrive souvent que le prédécesseur tolère l'usage de son nom seul et que personne ne proteste. Il n'y a là rien d'illicite, il n'y a qu'un état instable que tout intéressé peu faire cesser et qui peut être dangereux pour le prédécesseur trop tolérant. Le public peut lui demander l'exécution des engagements pris par son successeur, arguant qu'il a pris le successeur pour un gérant, et les tribunaux, suivant les circonstances, pourront lui donner raison (2).

Une fois en possession du nom du vendeur, l'acheteur a le droit de le céder à son successeur, c'est évident ; le nom étant ainsi devenu la marque distinctive du fonds, pourrait rester éternellement.

Pour un premier système, cela est indiscutable (3).

Nous ne sommes pas de cet avis ; quelle est l'utilité du nom du prédécesseur pour le successeur ?

Conserver la clientèle existante, en attirer d'autre par la

(1) Voir les jugements précités et Thaller n° 102, p. 71. Pouillet 548, p. 646, 647, Lyon-Caen et Renault, t. III, 246 bis. Olivier, p. 81, 82, Seine, 1^{er} octobre 1886, J. C. 37, 74, Paris, 9 mars 1891, J. C. 41, 319, Bordeaux, 28 octobre 1896, J. C. 46, 794, Paris, 3 janvier 1901, S. 1904, 2, 63.

En Allemagne, il en est autrement, la mention successeur de, ancienne maison, n'est pas nécessaire, à condition que le prédécesseur y consente.

C. Co. 1861, art. 22 et C. Co. 10 mai 1897, *loc. cit.*

(2) Note sous Bordeaux, 17 nov. 1873, S. 1874, 2, 145, Catalan, p. 124, Boutaud et Chabrol, p. 113, n° 102.

(3) Paris, 11 juillet 1867, D. p. 1867, 2, 170, Lèbre, n° 63, p. 69.

renommée de ce nom ; or, quand la clientèle aura associé les deux noms, reconnu que la maison Pierre, Paul successeur, est aussi sérieuse, vend d'aussi bons produits que du temps de Pierre, quel intérêt y aura-t-il pour Paul à conserver le nom de son prédécesseur à côté du sien ? aucun, et il pourra y avoir des inconvénients : si Paul tombe en faillite, Pierre, dans l'esprit de la clientèle qui a uni les deux noms, verra diminuer la considération dont jouissait son nom ; c'est injuste, mais c'est fatal. Aussi, pour parer à cet inconvénient, la plupart des auteurs et des arrêts ont décidé que le nom serait conservé par l'acheteur pendant le temps nécessaire pour la transmission de la clientèle (1). Quant à fixer ce temps, les juges du fait sont souverains pour le faire en interprétant les intentions des parties (2).

Enfin on peut encore distinguer une quatrième espèce de nom, le nom-marque de fabrique — c'est la marque de fabrique consistant dans un nom. Nous en parlerons plus loin.

Matériel.

Le matériel et les ustensiles (les deux mots sont synonymes) sont les objets nécessaires au commerçant pour exercer sa profession, comme comptoirs, bureaux, véhicules, ameublement pour un hôtel, ciseaux, rasoirs pour un coiffeur,

(1) Bordeaux, 17 novembre 1873 précité et la note. Thaller 402, p. 74, Lyon-Caen et Renault. t. III, 246 bis. Pouillet, n° 558, Boutaud et Chabrol, n° 103, p. 114, Catalan, p. 138.

(2) Cass., 3 juillet 1897, S. 1898, 1, 228, Lyon 18 février 1896, J. C. 46, 628.

verrerie pour un café, balances pour un marchand d'objets se vendant au poids, etc...

Si, en cédant son fonds, le commerçant gardait son matériel son successeur se trouverait dans l'impossibilité le plus souvent de continuer le commerce, les clients s'éloigneraient.

Il nous paraît hors de doute que le matériel est cédé avec le fonds. Sur ce point, tous les auteurs sont d'accord (1).

Le seul point délicat sera de savoir si tel ou tel objet fait ou non partie du matériel, c'est là une question de fait que les tribunaux seront souverains pour apprécier (2).

Marchandises.

Les marchandises se trouvant dans les magasins d'un commerçant au moment où il vend son fonds se trouvent-elles, à défaut de conventions spéciales, cédées avec le fonds ?

Une première opinion soutient la négative (3). Elles se distinguent du fonds de commerce comme le contenu se distingue du contenant ; de plus, si la marchandise faisait partie du fonds, pourquoi la créance qui la remplace n'en ferait-elle pas partie ?

Nous croyons aussi qu'il y a entre fonds et marchandise un rapport de contenant à contenu, mais il n'y a pas que ce rapport.

(1) Voir les différents ouvrages précités et Lyon, 22 février 1907, *Mon. Lyon*, 19 avril 1907. Voir cependant Angers, 7 décembre 1900, D. p. 1901, 2, 97, 6^e espèce.

(2) Civ. Seine, 30 avril 1901, la loi du 25 mai 1901, Paris, 24 décembre 1888, D. supplément, V. vente n° 301.

(3) Nantet, *Thèse*, p. 13.

Les marchandises sont un des éléments qui attireront la clientèle, non un des moindres, elles ont en cela le même but que les autres éléments du fonds.

Le second argument identifie à tort la marchandise avec la créance qui la remplace.

Avec la majorité des auteurs, nous regardons les marchandises comme faisant corps avec le fonds, la loi du 23 février 1872 fournit à cette opinion un argument irréfutable : elle décide que lorsque dans l'acte de vente il est stipulé pour les marchandises un prix séparé, celles-ci ne sont assujetties qu'au tarif de 0 fr. 50 0/0 au lieu de 2 0/0, qui est le droit principal. Donc, s'il n'est pas stipulé de prix séparé, la marchandise paiera 2 0/0, par suite, elle fait corps avec le fonds (1).

Dans la pratique, la question se pose rarement, les parties ayant bien soin, pour bénéficier du tarif réduit, de stipuler un prix séparé pour les marchandises, d'en faire un inventaire séparé qui sera porté à l'enregistrement, annexé à l'acte de cession.

Marques de fabrique.

La marque, c'est le moyen matériel de garantir la provenance de la marchandise aux tiers qui l'achètent (2), c'est tantôt un dessin, un nom, des initiales ou une appellation de

(1) Thaller, n° 85, p. 63, Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, Boutaud et Chabrol, *loc. cit.*, Lèbre, n° 5, p. 5, Paris, 17 juin 1869. J. C. 49, 248.

(2) Pouillet, marques n° 4.

fantaisie (Luciline, Byrrh, Fil d'Alsace, etc...) elle est apposée sur la marchandise (1).

La vente du fonds emporte la cession de la marque qui en est l'accessoire obligé (2), les auteurs sont d'accord sur ce point.

Si un commerçant vend sa maison sans se réserver expressément la marque, il n'aura plus le droit de reprendre cette même marque en se rétablissant, même si elle consiste dans son nom ou dans le fac-similé de sa signature (3); il faut éviter toute confusion entre les deux maisons (4).

Brevets.

Le plus souvent, un commerçant inventeur d'un appareil qu'il vend à la clientèle prend un brevet qui lui confère le droit de fabriquer et de vendre seul cet appareil (5).

Le brevet est cessible; on comprendrait mal qu'un commerçant vendant son commerce de machines à coudre, par exemple, pour lesquelles il a pris un brevet, ne cédât pas le dit brevet sans lequel son successeur ne pourrait rien faire. Le fonds vendu, le successeur a donc le droit d'exiger la cession du brevet, car des formes spéciales sont nécessaires

(1) Elle est régie par la loi du 23 juin 1857 à laquelle nous renvoyons, ainsi qu'à l'ouvrage précité de M. Pouillet.

(2) Pouillet, n° 93, Paris, 13 juin 1854, J. C. 3, 405, Havre, 16 mars 1858, *Le Droit*, 6 septembre 1858, Grenoble, 30 mai 1898, Rec. Grenoble, 1893, 1, 280.

(3) Pouillet, marques n° 4.

(4) Paris, 13 juin 1854, précité et Cass., 20 avril 1896, S. 1896, 1, 325.

(5) Voir la loi du 5 juillet 1844.

pour cette cession, ainsi que nous le verrons plus loin.

Le brevet peut n'avoir aucun intérêt pour l'exploitation du fonds, si, par exemple, j'ai un brevet pour un système de moteur à gaz et que je veux vendre mon fonds de machines à coudre ; il peut avoir un rapport plus ou moins direct, je vous vends mon fonds de vélocipèdes et automobiles, et j'ai fait breveter un système de freins ; pour savoir si le cessionnaire pourra exiger la cession du brevet, les tribunaux sont souverains juges, c'est une question de fait.

Dessins et modèles.

Un bijoutier crée un dessin de joyau, un couturier crée un modèle de robe, il est clair que quand l'un ou l'autre vendra son fonds, il devra céder en même temps le dit dessin ou le dit modèle (1).

Livres de commerce.

Tout commerçant doit tenir des livres (art. 18 C. Co.). Lorsqu'il cédera son fonds, devra-t-il céder ces livres à son successeur ?

L'affirmative absolue nous semble une réponse trop radicale (2). Ce qu'il y a de certain, c'est que le successeur devra au moins pouvoir consulter les livres de son vendeur, c'est un des plus sûrs moyens pour lui de se renseigner sur la va-

(1) Nous ne parlons pas ici des dessins ou modèles artistiques (gravures, statues) créés par des tiers et vendus par le commerçant ; cette matière faisant partie du contrat d'édition dont nous parlerons plus loin.

(2) Req., 9 mars 1892, D. p. 1893, 1, 33.

leur de la clientèle qui lui est vendue ; mais, d'autre part, le vendeur peut encore avoir besoin de ses livres pour recouvrer des créances, par exemple ; de plus, la loi l'oblige à les conserver pendant dix ans ; si l'acquéreur les acquiert, le vendeur devra pouvoir le consulter.

La jurisprudence, en cette matière, est aussi abondante que variable (1).

La Cour de cassation voit là une question d'interprétation des intentions des parties (2) pour laquelle les juges du fait sont souverains ; cette manière de voir nous semble la meilleure.

Correspondance.

La correspondance reçue (3) fait partie des livres de commerce (art 8. *C. Co*). Mais, si Pierre, marchand de drap rue de Rivoli, vend son fonds à Jacques, Jacques aura-t-il le droit de décacheter le courrier adressé à Pierre, marchand de drap rue de Rivoli ?

La jurisprudence fait de l'inviolabilité des lettres missives, une règle d'ordre public (4). Si les lettres sont remises à Jacques, cette règle peut se trouver violée donc, en principe,

(1) Seine, 19 novembre 1896, J. C. 47, 194, Seine, 29 septembre 1897. J. C. 48, 152, Tr. Co, Havre, 10 janvier 1900, Rec., Havre, 1900, 1, 67, Tr. Co. Nantes, 1^{er} février 1902, Rec. Nantes, 1902, 1, 435. Comm. Seine, 24 mars 1906, la loi du 6 mars 1907.

(2) Req., 9 novembre 1892, D. p. 1893, 1, 33.

(3) C'est-à-dire lettres, télégrammes, envois postaux, ou télégraphiques, etc...

(4) Cass., 8 mars 1861, S. 1862, 1, 698, Cass., 21 juillet 1862, S. 1862, 1, 926.

le vendeur seul peut les ouvrir (1), à charge par lui de les renvoyer à son successeur si elles sont destinées à la maison de commerce. Mais de ce fait va résulter un retard qui peut causer un préjudice énorme à Jacques ; aussi, beaucoup de décisions judiciaires ont-elles autorisé l'acquéreur à décacheter les lettres adressées au vendeur, portant l'adresse où est situé le fonds (2). La Cour de cassation préfère cette dernière solution dont les résultats pratiques sont bien meilleurs, mais elle décide en même temps qu'il appartient aux juges du fait d'apprécier le véritable destinataire (3).

Passé un certain temps, que les tribunaux apprécient en fait, les lettres portant le nom du vendeur lui seront remises de préférence (4).

Titres et récompenses.

Un commerçant qui a obtenu pour ses produits des récompenses, des titres honorifiques (médailles, diplômes, aux concours ou expositions, décorations diverses, mérite agricole, légion d'honneur, etc...) doit-il céder à son successeur ces titres et ces distinctions ? La jurisprudence et les auteurs sont unanimes à interdire la cession au successeur de titres

(1) Paris, 3 juin 1863, J. C. 13, p. 55, Comm. Seine, 2 mars 1901, la loi du 29 avril 1901.

(2) Seine, 7 septembre 1882, J. C. 32, 80, Seine, 31 octobre 1889, J. C. 40, 16. Seine, 24 août 1900. J. C. 51, 282, Lyon, 22 mars 1904, J. C. 55, 768.

(3) Cass., 10 avril 1866, D. p. 1866, 1, 342, Req., 8 novembre 1892, D. p. 1892, 1, 33.

(4) Boutaud et Chabrol, n° 138, p. 147 et 148, Lèbre, n° 65 et 66, p. 65 et suiv.

et récompenses spécialement attachés à la personne (1) (comme les décorations diverses) et font passer à l'acquéreur les récompenses accordées plus aux produits ou au fonds qu'à la personne même (2).

Si l'acquéreur a intérêt à se prévaloir de ces récompenses qui consacrent les bonnes traditions de la maison qu'il est réputé continuer, on comprend fort bien qu'il ne puisse se prévaloir des distinctions accordées à la personne de son vendeur.

Contrats passés entre le vendeur et des tiers.

Pas plus que les créances et les dettes dont ils sont la cause principale, les contrats ne passent au successeur, à moins d'une convention spéciale toujours possible (3).

La grande majorité des arrêts sur cette question suppose l'existence de cette convention (4). Pourtant, à cette règle, il

(1) Paris, 7 mai 1864, J. C. 14, 94.

(2) Seine, 3 août 1888, J. C. 39, p. 59 Cass., 16 avril 1891, D. p. 1891, 1, 448. Trib. correct., Seine, 8 mars 1898, G. Tr. 1898, 2^e partie, 35, 2.

(3) En Allemagne le contraire a lieu, l'acquéreur est présumé reprendre à son compte les dettes du vendeur, sauf convention contraire qui, pour être valable vis-à-vis des tiers, doit être inscrite sur le *Handelsregister* et publiée (art. 25, C. Co. allemand).

Cette présomption tombera si l'acquéreur ne continue pas l'exploitation sous son ancienne dénomination, ne reprend pas la firma, à moins de convention contraire qui sera inscrite et publiée comme ci-dessus, *ibidem*.

(4) Req., 16 avril 1872, D. p. 1872, 1, 73. Req., 16 juillet 1889, D. p. 1890, 1, 440, Lyon, 18 mars 1885. G. Pat., 1885, 2, 559, Seine, 7 avril 1903, J. C. 53, 348, Tr. Co. Havre, 17 juillet 1899, Rec. Havre,

y a des exceptions ; dans certains cas, la cession du fonds de commerce entraîne la cession de contrats passés entre le vendeur et des tiers. Nous étudierons plus loin l'effet de cette cession à l'égard des tiers.

Un pareil résultat, le seul logique si l'on admet la théorie du fonds de commerce sujet de droits, se comprend mal avec la théorie du fonds de commerce universalité de fait généralement admise ; il suppose, en effet, que les co-contractants du vendeur ont traité non avec le vendeur, mais avec le fonds lui-même. Mais tout s'explique si on examine le côté pratique des choses, il faut, en effet, que certains contrats soient transportés par le seul fait de la cession du vendeur à l'acheteur, sous peine de voir la vente du fonds n'être qu'un leurre pour l'acheteur. Parmi ces contrats, signalons en première ligne le bail puis les cessions de contrats d'assurances dans la vente d'un fonds de commerce d'assurances (portefeuilles d'assurances) et souvent les engagements de commis, artistes, ouvriers.

Bail.

L'unanimité des auteurs que nous avons cités dans ce chapitre, considère le bail comme un des principaux éléments du fonds de commerce ; le droit au bail assure un lieu de ralliement à la clientèle.

Si le droit au bail est inexistant dans différents cas (marchands ambulants), presque indifférent dans certains

1899, 1, 215. Cass., 10 mai 1897, D. p. 1898, 1, 73, Comm. Marseille, 14 août 1906, *G. Pal.* 1906, 2, 307.

autres (agents d'affaires), le plus souvent, il a une importance énorme et souvent même, à lui seul, il constitue les neuf dixièmes de la valeur du fonds (1).

Le meilleur hôtel, le meilleur café, le meilleur restaurant de telle ville, ne trouvera d'acquéreur à aucun prix s'il n'a plus de bail, car le nouveau tenancier, au lendemain de son acquisition, se verra forcé de déménager, et il craindra, avec raison, que la clientèle ne le suive pas dans son nouveau local.

Aussi admet-on sans difficulté que le vendeur doit céder son droit au bail à l'acheteur, ou plus exactement lui procurer la jouissance des lieux où est exploité le fonds vendu (2).

(1) Un arrêt du tribunal de commerce de la Seine, du 9 septembre 1902, paraît cependant contredire cette opinion (V. *Journal des faillites*, 1903, p. 24) : « Un fonds ne perd pas sa valeur uniquement parce qu'il n'y a pas de bail, le droit au bail n'autorise pas celui qui prend la suite du bail à se servir du nom de son prédécesseur dans lesdits locaux, ni à connaître de sa clientèle, il est donc absolument distinct du fonds ». Nous ne sommes pas de cet avis, un fonds sans droit au bail peut perdre presque toute sa valeur ; il est clair que le droit au bail seul n'autorise pas celui qui prend la suite du bail à se dire successeur du précédent locataire, pas plus que pourrait le faire l'acquisition des marchandises d'un brevet, ou de toute autre partie du fonds de commerce (sauf l'achalandage), mais il ne s'en suit aucunement que l'acquéreur du fonds n'acquière pas le droit au bail par le fait même de l'achat ; le droit au bail est distinct du fonds, comme la partie est distincte du tout ; ce jugement nous semble avoir été motivé par les besoins de l'espèce ; on se trouvait d'ailleurs, non en matière de vente, mais en matière de nantissement de fonds de commerce.

(2) Quand le vendeur est propriétaire de l'immeuble, il n'est pas

Ces raisons pratiques ont assez de force pour que le Code civil les ait prises en considération en déclarant la possibilité pour un locataire de céder son bail sans se préoccuper du propriétaire (à moins que ce dernier ne le lui ait interdit dans le contrat) (1717 C. C.)

Si le vendeur ne veut ou ne peut s'exécuter, les tribunaux le condamneront à des dommages et intérêts envers l'acquéreur ou même prononceront la résiliation de la vente, suivant la demande, et en s'inspirant de l'importance du droit au bail dans l'espèce (1)

Dans la pratique, la cession du bail où est exploité le fonds vendu fait le plus souvent l'objet d'un acte séparé (2).

Une promesse de bail doit de même en principe être cédée, mais cette cession n'est souvent valable qu'entre les parties, alors la seule ressource de l'acheteur sera de s'adresser aux tribunaux comme dans le cas précédent, si le bail en cours est insuffisant pour lui assurer la jouissance des lieux pendant un temps normal (ce que les juges apprécieront en fait).

tenu de vendre l'immeuble à son successeur. Nous croyons de même que le vendeur pourrait procurer à son successeur l'usufruit du local au lieu du bail, à plus forte raison la propriété. Voir p. 37.

(1) Tr. Co. Marseille, 8 août 1900. Rec. Marseille, 1900, 1, 367. Aix, 10 mars 1907, Rec. Marseille, 1907, 1, 309.

(2) Le droit anglais fait de la situation du fonds une des sources de l'achalandage, l'immeuble où est situé le fonds représente une possibilité d'affaires même après le départ du locataire propriétaire du fonds. C'est donc une valeur spéciale; elle constitue le « local good will » que le propriétaire de l'établissement peut exploiter ou louer à autrui, Gombeaux, p. 292, 293.

Cession de contrats d'assurances dans les cessions de portefeuilles d'assurances (1).

Une société d'assurance vend son portefeuille (stock de polices, clientèle, organisation, agences, archives, etc.) (2).

Elle entend donc nettement faire profiter la Compagnie cessionnaire des contrats qu'elle a passés avec ses assurés. Ce sont ces contrats qui sont l'objet principal de la vente ; par le fait même de la vente, ils doivent être transmis à l'acheteur, nous étudierons plus loin les effets de cette transmission vis-à-vis des assurés.

Engagements de commis.

La question est plus discutée ; à notre avis, il y a un intérêt énorme à ce que les contrats passés entre un commerçant et ses commis passent au successeur ; la clientèle connaît ces commis, et pourra rester attachée au fonds parce qu'elle continuera de les y voir, tandis qu'elle échappe à l'influence du nouveau propriétaire qu'elle ne connaît pas le plus souvent. Aussi, estimons-nous que ces engagements des commis avec le vendeur passent à l'acheteur ; ils ne sont pas personnels comme ceux des domestiques et des mandataires (3).

(1) Voir Rossy, *Des cessions de portefeuille et des réassurances générales*.

(2) Rossy, p. 253.

(3) Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 476, n° 544. Contra Boutaud et Chabrol, n° 114, p. 123. Ces raisons perdraient leur force s'il s'agissait d'un commerce monopolisé (chemin de fer, par exemple) la

En pratique, cette question se pose rarement, les commis n'étant pas, en général, engagés pour un temps déterminé.

Engagements d'artistes.

Un directeur de théâtre est un commerçant qui vend au public le talent des artistes qu'il a engagés. Si donc, il vend son établissement et que son successeur ne puisse bénéficier des contrats passés précédemment avec les artistes, le fonds pourra perdre une grande partie de sa valeur : les artistes en vogue font souvent tout le succès d'un établissement ; aussi certains arrêts considèrent-ils que, sans convention spéciale, les engagements doivent profiter au successeur, les artistes ayant traité plus avec l'établissement qu'avec le directeur (1).

Mais notre façon de voir n'est pas celle généralement admise. On admet le plus souvent que les engagements d'artistes ne profitent pas à l'acheteur d'un fonds (2).

Engagements d'ouvriers (contrat de travail.)

Les engagements d'ouvriers se rapprochent des engagements des commis ; on peut considérer l'ouvrier comme ayant traité plus avec le fonds qu'avec le propriétaire du fonds.

La question peut cependant se poser plus souvent que

clientèle ne pouvant dans ce cas s'adresser ailleurs. Lyon, 18 mars 1885. *G. Pal.* 1885, 2, 559.

(1) Dalloz Répertoire. V. *Théâtre*, n° 238, p. 233, Paris, 8 juillet 1882, *Ann. de la propriété industrielle*, 1883, p. 120. Nîmes, 21 mai 1895. *G. Pal.* 1895, 2, 47. Pand. franç., v. *Acteurs*, n° 618.

(2) V. Reichenbach, *De la cession d'une exploitation théâtrale*, p. 141, Rq. 16 juillet 1889, D. p. 1890, 1, 440.

pour les commis; un ouvrier s'engage fréquemment pour une période déterminée (pour la vendange, pour la fabrication dans les usines à travail intermittent, sucreries, distilleries, etc...)

On peut aussi rapprocher le contrat liant un ouvrier à son patron du contrat liant l'artiste à son directeur; le patron vend à ses clients l'habileté de ses ouvriers, leurs services; en fait, la facture présentée au client porte souvent: tant d'heures de travail tel prix; cependant, la personnalité de l'ouvrier attire moins le client que la personnalité d'un artiste, leur œuvre accomplie constitue une marchandise plus encore que leur travail; c'est le contraire pour l'artiste, son travail seul intéresse et l'œuvre qu'il a accomplie n'étant pas matérielle n'existe que par le souvenir des heures agréablement passées.

Ce rapprochement n'a eu jusqu'ici, aucun résultat pratique.

On peut encore comprendre dans la cession d'un fonds de commerce, le droit de s'opposer à ce qu'un précédent vendeur vienne s'établir à côté du fonds présentement vendu. Ce droit est en réalité attaché au fonds et cédé avec lui, même en l'absence de convention expresse à cet égard, ainsi que nous le verrons plus loin.

Quels fonds de commerce peuvent être vendus ?

Lorsque la vente d'un fonds de commerce a un objet illite ou immoral, elle est nulle; c'est ce qui arrive quand le commerce exploité est illicite ou immoral, par exemple :

trafic des esclaves (décret du 27 avril 1848, lois du 12 février 1854 et du 28 mai 1858), tenue d'une maison de jeu (410, C. p.), entreprise de contrebande (loi du 28 avril 1816, art. 53), commerce des tableaux et gravures obscènes (loi du 16 mars 1898) (1).

Serait nulle également la vente d'un fonds où s'exercerait un commerce monopolisé par l'Etat (tabac, allumettes, poudres, etc.)

Pharmacie.

Pour exploiter une pharmacie, il faut être titulaire d'un diplôme (2), et propriétaire d'une officine (art. 1, 2, 6 de la déclaration du roi du 25 avril 1877 et loi du 21 germinal an XI).

La vente d'un fonds de pharmacie à une personne non pourvue d'un diplôme est donc nulle (3). Si le fonds est vendu à une société dont tous les membres sont diplômés (ce qui est impossible pour une société par actions) la vente est valable. Non dans le cas contraire (4).

La convention par laquelle un pharmacien vend son fonds à une personne non encore diplômée et s'engage à gérer le fonds jusqu'à ce que ce dernier obtienne un diplôme est-elle valable ? cette question a une certaine importance pratique. Un fils de pharmacien non encore diplômé peut-il

(1) Voir Boutaud et Chabrol, pp. 32 et suiv. auxquels nous empruntons cette nomenclature.

(2) De même pour une herboristerie, le diplôme seul diffère.

(3) Paris, 20 juin 1863, J. C. 13, p. 63, Paris, 31 déc. 1880, J. C. 30, p. 513, Req. 24 nov. 1902, D. p. 1903, 1, 80.

(4) Cass. 8 avril 64, J. C. 13, 506.

reprendre la maison de son père ? Un étudiant en pharmacie peut-il acheter un fonds qui est bien achalandé et se trouvera peut-être vendu quand il aura son diplôme ?

Dans le sens de l'affirmative, on trouve quelques arrêts et quelques auteurs (1).

Ils distinguent la propriété du fonds de son exploitation, l'exploitant seul doit être diplômé, peu importe que le propriétaire le soit ou non (2).

Nous ne sommes pas de cet avis ; il faut, pour gérer une pharmacie, être à la fois propriétaire de l'officine et diplômé et les parties ne peuvent pas, par des conventions particulières, faire intervenir une distinction que la loi n'a pas formulée, alors surtout qu'il s'agit d'une matière intéressant l'ordre public (3).

Si un futur pharmacien veut s'assurer une pharmacie avant d'avoir son diplôme, il n'a qu'à obtenir d'un pharmacien l'engagement qu'il lui vendra son fonds à cette époque ; cette vente sous condition suspensive retardant le transfert de la propriété jusqu'à la réalisation de la condition, nous semble parfaitement valable (4).

(1) Lèbre, n° 45, p. 45, Paris, 27 déc. 1853, S. 1855, 2, 105, Nîmes, 2 avril 1837 (arrêt cassé), J. C. 38, p. 665.

(2) Poussant ce raisonnement à l'extrême, M. Lèbre va jusqu'à considérer la vente à un non-diplômé comme valable dans tous les cas.

(3) Cass. 13 mai 1833, S. 1833, 1, 668, Cass. 13 août 1888, cassant l'arrêt de Nîmes précité ; ce dernier arrêt est postérieur à l'ouvrage de M. Lèbre.

4 Lyon, 29 nov. 1894, D. p. 1895, 2, 183.

Débts de tabac.

La fabrication, l'achat et la vente des tabacs sont exclusivement réservés à l'Etat (loi du 28 avril 1816, loi du 28 juin 1862) l'Etat, en fait, abandonne la gérance des débits à des gérants *titulaires* (appelés titulaires tout court dans la pratique) et qui, en principe, sont tenus de gérer personnellement (arrêté du Ministre des finances du 16 septembre 1848); mais l'administration n'a jamais cessé de tolérer la cession de gérance dans tous les départements (1), le gérant titulaire restant responsable de la bonne tenue de son bureau; et, en pratique, il est rare que le titulaire d'un débit de tabac gère lui-même son débit, mais il ne peut nommer un gérant qu'avec l'agrément de l'administration des contributions indirectes et en faisant approuver, au préalable, par l'administration, le traité conclu entre lui et son gérant (2).

Le gérant d'un bureau de tabac pas plus que le titulaire de qui il tient ses droits n'est un commerçant (3); il est assimilé aux agents des administrations publiques (4), par conséquent, il n'a pas la faculté de trafiquer de la gérance qui lui a été confiée par l'administration des contributions indirectes (5), en d'autres termes, un débit de tabac n'est pas un fonds de commerce, et ne peut être vendu comme tel.

C'est un droit incorporel, mobilier, procurant à celui qui

(1) Voir circulaire du directeur des tabacs du 31 août 1869.

(2) Paris, 13 nov. 1899, la loi du 25 nov. 1899.

(3) Paris, 25 janv. 1852, J. C. 1, 8.

(4) Douai, 30 juillet 1895, *G. Pal.* 1895. 2, 799, D. p. 1899, 2, 205.

(5) *Ibid.*

le détient des bénéfices appréciables, et, à ce titre, l'administration des contributions indirectes reconnaît qu'il peut être vendu, mais à la condition expresse qu'elle agréera le nouveau gérant, connaîtra et approuvera toutes les clauses de l'acte de cession, ces clauses restant conditionnelles jusqu'à son approbation (1) ; il va sans dire que si le cédant n'est pas titulaire du bureau, il faudra en plus, pour la validité de la cession, l'approbation du titulaire (2) ; ce dernier étant responsable de la bonne tenue du bureau, il est logique que le gérant ne puisse céder ses droits à un tiers sans son consentement, de même qu'un locataire ne peut sous-louer sans le consentement exprès ou tacite du propriétaire (3).

Nous avons jusqu'à présent considéré le débit de tabac isolément ; dans la pratique, c'est l'exception ; le plus souvent, le gérant exerce dans la même boutique, un commerce de tabletterie, vins et liqueurs, épicerie, etc., auquel fonds de commerce, la clientèle du débit donne une plus-value réelle, en contribuant dans une large mesure à sa prospérité.

Dans ces conditions, le débit de tabac peut devenir l'accessoire du fonds de commerce proprement dit et se trouvera vendu en même temps que lui, en général. Mais, malgré cela, la cession de la gérance d'un débit ne prendra jamais

(1) Paris, 16 fév. 1876, J. C. 25, 432, Paris, 2 juin 1888, J. C. 38, 409, Paris, 25 juin 1891, J. C. 41, 412, Douai, 30 juillet 1893, précité, Civ. Seine, 31 janv. 1899, loi du 30 mars 1899.

(2) Paris, 24 fév. 1895, *Bulletin de la Cour d'appel*, 12 mars 1895, texte non publié.

(3) Cette comparaison nous est inspirée par la pratique qui intitule bail de gérance, le contrat passé entre le titulaire et le gérant.

le caractère commercial et, notamment, les tribunaux de commerce seront incompétents pour connaître des contestations auxquelles elle pourrait donner lieu (1).

Si l'acquéreur n'est pas agréé par l'administration des contributions indirectes, et par le titulaire, la vente pourra être annulée faute d'objet, ou pour le débit de tabacs et les autres commerces y annexés, ou pour le débit de tabacs seulement suivant les cas (2), à moins que l'acquéreur n'ait su au paravant qu'il ne serait jamais agréé (3) ou qu'il ait été prévenu qu'il lui fallait l'être (4).

En pratique, les ventes des fonds auxquels est annexé un bureau de tabac sont faites sous la double condition suspensive de l'agrément du titulaire et de la régie.

SECTION IV

Prix.

Nous n'avons qu'à appliquer ici les règles générales (1591 C.C.)

Le prix doit être sérieux, c'est-à-dire non simulé, non dé-

(1) *Contra*, Paris, 3 juillet 1856, J. C. 6, 7, Havre, 6 juillet 1880, J. C. 29, 281.

(2) Paris, 2 juin 1856, J. C. 5, 473, Paris, 16 février 1876, *ibid.*, 25, 432.

(3) Comm. Seine, 19 avril 1890, J. C. 40, 167, Paris, 25 juin 1891, J. C. 41, 412.

(4) Seine, 31 janv. 1899, la loi du 30 mars 1899.

risoire et déterminé, une vente faite *nummo uno* serait nulle; le prix peut être vil, la loi ne donnant qu'en matière immobilière, l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes.

Un prix fixé, par exemple, à une partie des bénéfices pendant un laps de temps donné sera suffisamment déterminé, malgré les contestations que ce mode d'opérer pourra faire naître en pratique.

Il pourra être fixé par les parties ou par des tiers (1).

Il pourra être fait un prix unique pour le fonds ou un prix séparé pour chaque élément du fonds, en pratique les parties fixent le plus souvent un prix spécial pour la cession des marchandises, pour la cession de la gérance d'un débit de tabac, ce qui offre des avantages au point de vue de l'importance des droits d'enregistrement, ainsi que nous le verrons plus loin.

Le prix doit consister en argent, sinon ce serait un échange, non une vente.

Si le fonds était payé par une obligation de faire on se trouverait en présence d'un contrat innommé (2).

(1) Ces tiers faussement dénommés « experts » dans la pratique ne sont ni des experts ni des arbitres, mais plutôt des mandataires des parties. Bastia, 1^{er} fév. 1892, S. 1892, 2, 101.

(2) Guillouard, n° 95, p. 109.

CHAPITRE III

FORME, PREUVE, COMPÉTENCE

Aucune forme n'est exigée par la loi pour les ventes de fonds de commerce.

En effet, en dehors des contrats solennels où elle est essentielle (*forma dat esse rei*), la forme n'a d'intérêt qu'au point de vue de la preuve ; or, en matière de vente de fonds de commerce (quand elle est commerciale, ce qui est le cas le plus fréquent), tous les modes de preuve sont admis (109 C. Co.) (1), la preuve testimoniale ou par présomption de l'homme peut valoir outre et contre le contenu aux actes (1341 C.C.) (2).

Un écrit n'est donc pas nécessaire pour constater une vente de fonds ; cependant, dans la pratique, l'écrit est le plus souvent rédigé ; en même temps qu'il sert à fixer certains points délicats, à délimiter exactement l'étendue du fonds

(1) Paris, 13 janv. 1898, J. C. 49, 25, Paris, 12 mai 1875, J. C. 25, 85, Paris, 29 sep. 1897, J. C. 58, 55, Req. 8 mars 1880, S. 1881, 1, 27, Lyon-Caen et Renault, n° 244, p. 195, *ibid.*, n°s 46 et suiv. p. 48.

(2) Rq. 23 déc. 1903, *G. Pal.* 04, 1, 537, v. page 43.

vendu, il rend plus facile la formalité de l'enregistrement et celle de la dation en nantissement s'il y a lieu (1).

L'écrit sous-seing privé ainsi rédigé n'est pas soumis à la formalité des doubles (1325 C.C.) elle se concilierait mal avec l'art. 109 C. Co. qui admet tous les moyens de preuve. Enfin, le juge peut admettre qu'un tel écrit a date certaine même en dehors des conditions exigées par l'art. 1328 C. Civ. (2).

L'enregistrement étant obligatoire, mais dans un délai de trois mois, à compter du jour de la vente, cette dernière exception à la règle peut avoir une assez grande importance pratique. Souvent les parties rédigent plusieurs écrits pour constater la vente des diverses parties du fonds de commerce, (marchandises, droit au bail), la vente du fonds n'en garde pas moins son unité (3).

Rarement, il sera cédé un fonds de commerce par acte notarié ; cependant, lorsque le bail est authentique, la cession s'en fait en général par acte notarié.

Pour savoir quel sera le tribunal compétent en matière de contestations au sujet de la vente d'un fonds de commerce, il n'y aura qu'à appliquer les règles générales.

Si la vente est commerciale pour les deux parties, les tribunaux de commerce seront seuls compétents, si elle est commerciale pour le demandeur seul, il ne pourra assigner

(1) La proposition Cordelet votée au Sénat en mars 1908, décide que l'acte de vente doit avoir été rédigé par écrit pour la conservation du privilège et de l'action résolutoire (art. 1).

(2) Nancy, 19 fév. 1890, D. p. 1891, 2, 283.

(3) Cass. 8 juillet 1872, S. 1872, 1, 292, Cass. 14 avril 1868, J. C. 1868, 472.

le défendeur que devant le tribunal civil, ne pouvant lui imposer un juge d'exception sans texte de loi, si elle est commerciale pour le défendeur seul, le demandeur pourra l'actionner devant le tribunal civil, ou devant le tribunal de commerce ; s'il prend cette dernière juridiction d'exception, ce sera de son plein gré ; enfin, si la vente est civile, il est évident que les tribunaux civils seuls seront compétents.

Ajoutons que les tribunaux de commerce compétents pour la vente le seront en principe pour tous les accessoires de la vente ; cependant, nous ne croyons pas le tribunal de commerce compétent pour une vente de gérance d'un débit de tabacs annexée à un autre commerce (1) ni pour la vente de l'immeuble où s'exploite le fonds quand elle est faite accessoirement à la vente de fonds.

(1) Cf. p. 85.

CHAPITRE IV

EFFETS ENTRE LES PARTIES

SECTION I

Obligations du vendeur.

La vente transfère la propriété de la chose vendue dès l'accord intervenu entre les parties sur la chose et sur le prix (art. 1583 C. C.)

Lorsque les parties ont fixé pour la prise de possession une date postérieure à la convention, dans l'intervalle entre ces deux actes, le vendeur doit être considéré comme le dépositaire de l'acheteur, devenu propriétaire par le seul fait de la convention (1), quand bien même il aurait été stipulé un dédit, le dédit étant une condition résolutoire potestative, et non une condition suspensive (2).

En fait, entre la convention et la prise de possession, le vendeur continue à gérer, et conserve pour lui les bénéfices réalisés (3); mais s'il détournait les objets vendus, si, ayant

(1) Cass. 18 juillet 1862, D. p. 1862, 1, 548.

(2) Voir chap. II, p. 54.

(3) Il reste le plus souvent propriétaire des marchandises jusqu'à la prise de possession

vendu par exemple un hôtel meublé, il gardait pour lui l'ameublement d'une chambre, il commettrait un abus de confiance (1).

Par le seul fait de la vente, la propriété du fonds de commerce est transmise à l'acheteur à l'égard du vendeur ; l'est-elle à l'égard des tiers ? Nous étudierons cette question dans le chapitre V.

Outre le transfert de la propriété, la vente a pour effet de créer des obligations pour le vendeur et pour l'acheteur.

Le vendeur a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend (Art. 1603 C. C.)

Nous allons les examiner successivement :

Délivrance.

Le fonds de commerce étant une universalité de fait, composée d'éléments disparates, ne peut être délivré en bloc, par un seul acte, à l'acheteur ; il y aura autant de modes de délivrance que d'éléments dissemblables dans le fonds.

Eléments matériels.

Pour les éléments matériels du fonds de commerce, matériel, marchandises, livres de commerce (quand la convention

(1) Cass. 18 juillet 1862, précité.

les comprend dans la vente) aucune difficulté ne s'élève, la délivrance s'en fait par tradition réelle ou mise à la disposition (remise des clefs, du connaissance si la marchandise est sur mer, etc...) (Art. 1506 C. C.)

Éléments immatériels.

La délivrance s'en fait par la remise des titres ou par l'usage que l'acquéreur fait de ces éléments du consentement du vendeur (Art. 1607 C.C.). Nous allons les passer rapidement en revue :

Achalandage, clientèle.

Le vendeur doit favoriser les rapports de ses anciens clients avec l'acquéreur, il a vendu une possibilité de clientèle, et une clientèle nous l'avons vu (1) ; il doit rendre cette possibilité le plus forte possible, et assurer à son successeur la transmission de la clientèle vendue ; par suite transmettre à son successeur les listes de ses clients, le présenter à ces derniers (2), ne serait-ce que par lettres circulaires, moyen très employé pour les ventes de fonds d'une certaine importance, lui communiquer ses livres (3).

Eu pratique, le vendeur « met au courant » son acheteur, en l'assistant pendant un certain temps ; c'est d'ailleurs son intérêt, plus la maison prospérera, plus le vendeur sera certain de toucher le solde du prix qui en général lui reste dû (4).

(1) Voir p. 62.

(2) Dijon, 23 déc. 1895, *G. Tr.* 7 avril 1896, Paris, 29 juillet 1903, *G. Pal.* 1903, 2, texte non publié.

(3) Cf. p. 71

(4) Le futur acquéreur peut être initié avant la vente, par le futur

Enseigne, nom, marques de fabrique, dessins et modèles, récompenses sont délivrés par l'usage qu'en fait l'acquéreur du consentement du vendeur.

Ajoutons pour la correspondance, l'obligation où se trouve le vendeur d'envoyer à l'acquéreur les lettres qu'il reçoit et dont l'enveloppe n'indique pas qu'elles sont adressées à lui-même vendeur, plutôt qu'à la maison de commerce (1).

Brevets (2).

L'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 exige, sans exception, que la cession d'un brevet soit faite par acte notarié, que la taxe soit payée (Art. 4) et que cette cession soit enregistrée au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte a été passé (3).

Créances, dettes, contrats synallagmatiques.

Ils peuvent avoir été compris par la convention dans la cession du fonds de commerce. Cette cession est-elle possible ? comment s'opérera-t-elle *inter partes* ?

En droit romain, l'obligation avait un caractère personnel, aussi bien quant à la personne du créancier que quant à la personne du débiteur. Toute modification du créancier ou du

vendeur. Ce système a l'avantage de rendre presque impossible de la part de l'acquéreur l'exercice de l'action de dol ; il a en effet connu l'importance et le nombre des affaires et s'il a acheté ensuite il l'a fait en toute connaissance de cause, cf. p. 52, chap. II.

(1) Cf. p. 72.

(2) Voyez Thaller du n° 106 à 131.

(3) Cette dernière formalité n'est nécessaire que pour rendre la cession opposable aux tiers ; nous la mentionnerons de nouveau plus loin.

débiteur transformait l'obligation. Peu à peu, l'obligation s'est détachée de la personne du créancier ; on a admis dans le Code civil la réalité objective de l'obligation considérée du côté actif, le créancier peut changer, la créance sera toujours identique à elle-même. Il eut été logique de tenir le même raisonnement en envisageant l'obligation du côté passif, la dette serait restée la même malgré le changement du débiteur, mais le Code civil n'a pas fait ce dernier pas (1).

Tout changement de débiteur constitue pour le législateur un changement de dette, « si bien qu'il a fallu une disposition expresse de la loi pour permettre la réserve d'une garantie réelle » (art. 1278 C.C.) (2).

C'est illogique ; cela tient à des raisons tirées de l'intérêt des tiers, des créanciers en particulier. Nous exposerons et discuterons ces raisons quand nous parlerons des effets de la cession de créances et de dettes à l'égard des tiers.

Le Code civil a réglementé la cession de créances, sans parler de la cession des dettes.

Les créances se cèdent *inter partes* par la convention (art. 1689 C. C.) Dans le silence du Code, peut-on céder une dette ? créer un droit nouveau non reconnu par la loi ? Oui, aucune disposition impérative de la loi ne s'y opposant. Les parties pourront convenir entre elles que les dettes passeront de la tête du vendeur sur celle de l'acheteur, cette conven-

(1) A la différence du Code de commerce allemand de 1897, voir Saleilles, *Cession de dettes Ann. de dr. comm.* 1890 p. 1 à 47 *op. cit.* et Gaudemet, spécialement, p. 457 et suivantes.

(2) Saleilles, *loc. cit.* p. 38.

tion sera-t-elle opposable aux tiers, nous le verrons plus loin. Entre les parties nous croyons donc la cession de dettes valable par la seule existence de la convention (1).

Un contrat synallagmatique donne naissance à deux obligations, soit deux créances et deux dettes : chaque co-contractant est à la fois créancier et débiteur, il pourra céder sa créance ou sa dette, mais à la condition que l'une ait disparu par suite de l'exécution partielle du contrat, s'il cède l'autre ; tant que le contrat n'a pas été exécuté partiellement il ne peut céder l'une sans l'autre. C'est ce lien intime de la créance et de la dette qui rend nécessaire une étude spéciale de la cession des contrats.

Pour le Code elle représente bien un ordre d'idées différent de la cession de créances et de la cession de dettes, puisque muet sur cette dernière il admet la cession de contrats pour le bail (art. 1717 C. C.) et pour le mandat (art. 1994 C. C.)

Nous pouvons en conclure que la cession de tout contrat synallagmatique est possible, le Code n'ayant formulé aucune interdiction à ce sujet.

Fréquemment ces contrats seront cédés, le vendeur n'étant plus à la tête du fonds de commerce pourrait souvent difficilement les exécuter (2), il lui serait souvent coûteux, sinon impossible de les résilier ; la cession à son acheteur est donc, pour lui, la meilleure solution. La seule convention suffira

(1) En ce sens, Code civil allemand, art. 415.

(2) Ce que pourrait exiger le co-contractant du vendeur. Voir Tr. Co. Marseille, 14 août 1906, *G. Pal.* 1906, 2, 307.

pour transmettre *inter partes* les droits et obligations nées du contrat. Pour les contrats constatés par écrit (bail, engagements d'artistes, d'ouvriers, etc...) la remise du titre sera la conséquence de cette convention.

Quand doit se faire la délivrance?

Immédiatement au moment du contrat, à moins que la convention ne fixe une date ultérieure.

Le vendeur peut refuser la livraison, si l'acheteur à qui il n'a été accordé aucun terme pour le paiement, ne paie pas le prix (art. 1612 C. C.) ou si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en déconfiture, de sorte que le vendeur risque de perdre et la chose et le prix (art. 1613 C. C.) (1).

Si le vendeur refuse la livraison même partiellement, l'acquéreur pourra l'y faire contraindre après mise en demeure (2) au moyen d'une astreinte prononcée par le tribunal ; il pourra également demander la résolution de la vente et des dommages et intérêts, dans ce cas le contrat sera annulé par un *mutuus dissensus*. On se trouvera pratiquement dans la même situation que si un dédit eût été fixé par le contrat de vente (3), avec cette différence cependant que le dédit stipulé devra être versé intégralement, les conventions faisant la loi des parties, tandis que les tribunaux pourront réduire les dommages et intérêts demandés par l'acquéreur.

(1) Paris, 11 juillet 1853, J. C. 2, 325, de simples renseignements mauvais ne suffiraient pas, Paris, 24 juillet 1854, J. C. 3, 441.

(2) Cf. Planiol, t. II, p. 442, n° 1318.

(3) Voir chap. II, p. 55.

Garantie.

Le vendeur doit procurer à l'acheteur une possession-utile et paisible de la chose vendue (art. 1625 C. C.), pour cela, il doit répondre des ~~défauts cachés~~ de la chose (garantie des vices cachés), protéger l'acheteur contre les troubles provenant d'un tiers (garantie d'éviction) et à plus forte raison s'abstenir de troubler lui-même l'acheteur dans sa possession (garantie du fait personnel du vendeur).

Garanties des vices cachés.

Les différentes parties du fonds peuvent être atteintes de vices les rendant impropres à l'usage ; ces vices porteront en général sur les éléments matériels du fonds, marchandises (bœufs tuberculeux, graines impropres à la germination, etc.), matériel (cheminées en mauvais état, etc.) (1).

On peut rarement trouver un vice caché dans les éléments immatériels ; il faut pour cela un concours de circonstances rare en pratique ; par exemple, l'acquéreur d'un fonds de commerce de vins voit apposer (en vertu de la loi du 27 mars 1851, une affiche sur la devanture de son débit, la dite affiche contenant extrait du jugement de condamnation contre son vendeur pour mise en vente sciemment de vin falsifié, alors que le vendeur n'a pas averti l'acquéreur (2).

Il faut que le vice soit *caché*, autrement, l'acheteur n'au-

(1) Voir p. 51, note 1.

(2) Paris, 28 mai 1886, J. C. 36, 335.

rait qu'à s'en prendre à lui, de ne pas l'avoir connu (art. 1642 C. C.) et antérieur à la vente, autrement il ne peut être reproché au vendeur.

L'acquéreur qui reconnaît un vice caché postérieurement à la vente peut demander, comme au cas où il est victime d'un dol, soit la résolution de la vente, soit la réduction du prix (1).

Garantie d'éviction.

Le vendeur doit défendre l'acheteur contre le trouble, et au cas où l'éviction est consommée, indemniser l'acheteur (2).

L'acheteur troublé, se retournera contre son vendeur (3).

Le trouble doit être un trouble de droit, non un trouble de fait (art. 1725-1727 C. C.), par exemple, la concurrence loyale ou déloyale faite à l'acquéreur ne constitue pas un trouble dont le vendeur doit garantir l'acquéreur.

La garantie fonctionnerait notamment, si un tiers se prétendait propriétaire du fonds, si le propriétaire d'un fonds voisin, précédemment vendu par le vendeur du fonds actuel, faisait fermer le fonds (4), si le vendeur avait caché un procès

(1) Cf. p. 51.

(2) Planiol, t. II, p. 487, n° 1476 et suiv.

(3) Ou contre le vendeur de son vendeur. Rappelons que pour atteindre ce dernier, les tribunaux lui reconnaissent, outre l'action oblique (art. 1166, C.C.), une action directe, ce qui lui permet d'éviter l'insolvabilité du vendeur intermédiaire.

Voir Cass. 12 nov. 1884, S. 1886, 1, 149, Paris, 10 mars 1866, J. C. 15, 244, Paris, 20 mai 1890. J. C. 40, 340.

(4) Voir plus loin, p. 110.

pendant entre le propriétaire des lieux où est exploité le fonds et un nouveau locataire exerçant le même commerce, lequel procès conclut à la fermeture du fonds objet de la vente (1).

Il nous semble évident que si l'acquéreur a connu avant la vente la possibilité d'une éviction, et a acheté malgré cela, il perd de ce fait tout recours contre son vendeur (2), d'autant qu'en pratique, dans de semblables cas, il aura acheté pour un prix très réduit ; faisant ainsi de la vente un contrat tout à fait aléatoire.

Si cette cause d'éviction est la loi, l'acquéreur est censé la connaître, il ne pourra donc se retourner contre son vendeur (3), à moins bien entendu qu'il n'y ait eu dol de la part de ce dernier, ce qui nous fait sortir des limites de ce présent chapitre.

L'éviction peut être partielle, ne porter que sur un seul élément du fonds, droit au bail (si le bail est nul comme consenti par un non-propriétaire, par exemple), matériel (s'il est composé d'appareils contrefaits dont la destruction est exigée), brevet (s'il est frappé de déchéance), etc... (4)

(1) Paris, 15 fév. 1872, J. C. 21, 253.

(2) Argument tiré de l'art. 1599, C. C.

(3) Voir Boutaut et Chabrol, p. 151, et Paris, 29 juillet 1886, 2 août 1886, et 6 juillet 1887, D. p. 1888, 2, 69.

Contra, Lèbre, n° 109, p. 131, et Paris, 17 juillet 1885, la loi du 2 août 1885, il s'agit d'un hôtel meublé dont le nombre des chambres a été réduit par ordonnance de police antérieure à la vente.

(4) Il est à noter que sauf le cas de mauvaise foi, les marchandises ne pourront être revendiquées entre les mains de l'acheteur (art. 2279-2280.

L'éviction doit avoir une cause antérieure à la vente, sinon le vendeur n'en peut être responsable, cela nous semble évident,

Au cas d'éviction totale, pour une cause ignorée de l'acheteur au moment de la vente, des dommages et intérêts sont attribués à l'acheteur, ils comprennent les frais du contrat (rédaction d'actes, enregistrement) les frais du procès payés par l'acheteur, la plus-value acquise par le fonds depuis la vente (art. 1630 C. C.) et les fruits si l'acheteur a dû les rendre à celui qui l'évince.

Au cas d'éviction partielle les juges du fait apprécient si l'élément du fonds dont l'acheteur est évincé est assez important pour prononcer la résiliation de la vente (droit au bail, par exemple) (1) avec dommages et intérêts ou simplement des dommages et intérêts (acquéreur condamné à supprimer une enseigne usurpée par son vendeur) (2)

Dans ce dernier cas, les dommages et intérêts sont calculés un peu différemment : au lieu de se régler sur la valeur de la partie évincée relativement au prix total, on calcule l'indemnité d'après la valeur de la chose au moment de l'éviction (art. 1637 C. C.) (3).

C. C.), ce dernier les tenant d'un marchand vendant des choses pareilles, aucune exception à l'art. 2279 C. C. n'est possible.

(1) Comm. Seine, 22 avril 1902, *G. Pal.* 31 mai 1902. Tr. Comm. Marseille, 8 août 1900, Rec. mars 1900, 1, 367. Tr. Comm. Nantes, 8 août 1896, Rec. Nantes, 1896, 1, 338.

(2) Paris, 21 nov. 1860, *J. C.*, 10, 73.

(3) Sur cette anomalie provenant de la différence entre les art. 1630 et 1637, cf. Planiol, t. II, n° 1517, p. 501 et la note.

Garantie du fait personnel.

Si le vendeur ne peut être garant du fait d'autrui, il est garant de son fait personnel ; on ne comprendrait pas qu'il puisse reprendre ce qu'il a vendu, et en conserver le prix.

Notamment il a vendu l'achalandage, il ne doit pas le reprendre en ouvrant une boutique semblable à celle vendue, destinée à attirer ses anciens clients au grand préjudice de son acquéreur.

Mais que faites-vous de la liberté du commerce proclamée par l'art. 7 de la loi des 2, 17 mars 1791, si un commerçant qui a vendu son fonds ne peut se rétablir dans le même commerce ?

Lequel de ces deux principes opposés doit l'emporter ?

On trouve quelques anciens arrêts permettant au vendeur (ou à l'associé qui cède sa part du fonds de commerce à son co-associé, ce qui revient au même), de se rétablir sans restriction (1), mais l'immense majorité des arrêts et tous les auteurs (2) apportent dans ce cas des restrictions à la liberté de s'établir ; et l'idée qui les guide est celle que nous avons donnée plus haut et qu'il ne faut pas perdre de vue ; le vendeur ne doit pas enlever à son acquéreur l'achalandage vendu.

(1) Req. 5 fév. 1855, S. 1856, 1, 417, D. p. 1855, 1, 440. Cass. civ. 2 mai 1860, S. 1860, 1. 308. D. p. 60, 1, 218.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. III n^{os} 247 et suiv. p. 200, Guillouard, n^o 530, Catalan, p. 137 et suivantes. Pouillet, n^o 581: Lèbre, p. 91, n^o 83 et suiv. Bottelin, *Des restrictions au principe de la liberté du commerce et de l'industrie en matière de cession de fonds de commerce*, pp. 41 et suivantes.

Quelles vont être ces restrictions en cas de silence de l'acte de vente ? Quelles seront celles exprimées dans l'acte qui seront reconnues valables par les tribunaux. Enfin, que l'acte soit muet ou non, quels seront les actes défendus, ceux permis au vendeur, à qui profitera l'interdiction, à qui sera-t-elle opposable, quelle en sera l'étendue et la durée, quelle en sera la sanction ?

Autant de questions que nous allons aborder.

Acte muet.

Les tribunaux interdiront au vendeur tout acte pouvant « porter atteinte à la possession paisible de la clientèle vendue » (1), ils lui permettront de se rétablir mais pas dans le voisinage du fonds vendu (2), les juges du fonds apprécieront souverainement l'étendue de ce *voisinage* interdit (3).

Sur quoi se base la jurisprudence pour établir cette interdiction ? Quelques arrêts voient là des faits constitutifs de la concurrence déloyale (4), ce n'est pas notre avis. Nous préférons l'opinion qui se base sur l'obligation de garantie telle que nous l'avons exprimée plus haut (5).

(1) Paris, 18 avril 1901, S. 1905, 2, 14, J. C. 51, 369.

(2) Paris, 7 janv. 1890, S. 1891, 2, 21, Lyon, 18 juin 1895, S. 1895, 2, 302, Alger, 24 avril 1878, J. C. 26, 419.

Ils pourraient aussi interdire de se rétablir pendant un certain temps, comme nous le verrons plus loin, mais la pratique n'offre pas d'arrêts en ce sens.

(3) C. civ. 21 juillet 1891, S. 1891, 1, 277, Req. 3 mai 1899, D. p. 1901, 1, 394. Voir Boittelin, p. 44.

(4) Paris, 17 juillet 1863, J. C. 13. 121, Paris, 21 nov. 1893, D. p. 1894, 2, 93, Lyon, 21 fév. 1901. *Mon. jud.* Lyon, 22 juillet 1901, Seine, 28 octobre 1905, J. C. 56, 226.

(5) En ce sens Catalan, p. 157 et Tr. civ. Béthune, 17 mars 1892,

Ces actes n'ont pas le caractère délictuel constitutif de la concurrence déloyale (dénigrement mensonger d'un confrère, imitation des marques, etc...) (1); accomplis à l'égard d'un autre, ils seraient parfaitement licites, à la différence des actes de concurrence déloyale; ils deviennent illicites comme contrevenant à la loi du contrat (2).

Cette appréciation par la justice comportera forcément beaucoup d'arbitraire; ajoutez à cela que l'acheteur d'un établissement devra prouver non seulement le fait que son vendeur s'est rétabli à côté de lui, mais de plus que ce rétablissement lui a causé un préjudice; s'il avait existé une clause spéciale dans l'acte de vente, l'acheteur n'aurait eu à prouver que le fait du rétablissement de son vendeur (3); aussi, les parties fixent-elles le plus souvent par le contrat de vente les limites de l'interdiction de se rétablir.

Acte explicite.

Quelles sont les clauses que les tribunaux vont valider? Ils admettent la clause interdisant de se rétablir, à condition que

G. Pal. 1892, 2, 419. Comm. Saint-Etienne, 11 janv. 1905, la loi du 23 janv. 1905, et aussi, bien qu'il s'agisse d'un cas un peu différent, Paris, 21 nov. 1893, texte non publié, *G. Pal.* table 92-97, n° 71.

(1) Cf. Thaller, n° 95, p. 67.

(2) Il est à remarquer que cette interdiction de se rétablir est imposée au vendeur dans les ventes forcées de fonds de commerce et au nom de l'obligation de garantie. Voir Lyon-Caen et Renault, t. VIII, n° 688 et Cass. 21 juillet 1891, S. 1891, 1, 377 (licitation) Paris, 7 mars 1891, J. C. 41, 561.

(3) Tr. civ. Rennes, 20 sept. 1907, *Le Droit*, 7 nov. 1907.

cette interdiction ne soit pas absolue, mais limitée à un certain laps de temps ou à un certain lieu (1), autrement elle serait nulle (2). Dans ce cas, malgré la nullité prononcée, le vendeur ne pourrait se rétablir de façon à nuire à son acheteur, il restera toujours tenu de l'obligation de garantie (3).

De même le tribunal valide la clause par laquelle le vendeur se réserve toute sa liberté de se rétablir, en le considérant cependant comme toujours tenu de l'obligation de garantie et en lui interdisant de se rétablir à côté de son ancienne maison (4).

En pratique il est peu fréquent qu'un vendeur s'interdise de se rétablir pendant un certain laps de temps, il s'interdit

(1) Req. 31 mars 1884. D. p. 1884, 1, 366. Civ. 30 mars 1885. S. 1885, 1, 216. Req. 16 mars 1886. G. Pal. 1886, 1, 719. Req. 8 mai 1888. S. 1888, 1, 320. Paris, 12 janvier 1898. D. p. 1898, 2, 350 (limitée quant au temps). Req. 1^{er} février 1899. S. 1901, 1, 132. Paris, 21 février 1900. S. 1903, 2, 210.

M. Bottelin, p. 55, est d'avis que la limitation double à l'interdiction pour le cédant de faire le commerce est seule conforme au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Nous ne partageons pas son opinion.

(2) Paris, 14 janvier 1889. D. p. 1890, 2, 280 et la note de M. Planiol. Paris, 6 juillet 1893. S. 1894, 2, 100. Paris, 12 janvier 1898. D. p. 1898, 2, 350. Paris, 21 février 1900. D. p. 1900, 2, 476. Civ. Rej. 14 mars 1904. D. p. 1904, 1, 613.

Voyez cependant, *Contra*, Paris, 12 décembre 1888. J. C. 38, 504, que nous ne comprenons pas.

(3) Paris, 14 janvier 1889. D. p. 1890, 2, 280. Paris, 28 mai 1895. G. Pal. 1895, 2, 150. S. 1896, 2, 234. Civ. Rej. 9 février 1898. D. p. 1903, 1, 605.

(4) Paris, 21 novembre 1893, texte non publié. G. Pal. table, 1892, 97, n° 71. Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 205, n° 249, quater.

le plus souvent de se rétablir dans un certain lieu, un département, une ville, ou même une certaine distance (500 mètres, 1.000 mètres) autour du fonds vendu. Dans ce dernier cas, comment faut-il calculer la distance : à vol d'oiseau ou en passant par les rues ? On ne peut guère se baser sur le mot employé : rayon, distance, périmètre, ils sont parfaitement synonymes. Nous préférons le calcul à vol d'oiseau, il a pour lui plus de simplicité, il ne risque pas de varier par une modification dans l'état des rues, et est favorable à l'acheteur (art. 1602 C. C.)

Les arrêts adoptent le plus souvent cette solution (1) mais il ne faut pas en tirer une conséquence exagérée, ils modifient leur jugement suivant que le tort fait à l'acheteur est plus ou moins grave ; la solution donnée dépend toujours de l'espèce.

Actes défendus.

Sont interdits tous les actes par lesquels le vendeur attire à lui la clientèle vendue à l'acheteur. Notamment :

Il ne peut se rétablir, à côté de son ancienne maison, dans le même commerce, nous l'avons déjà vu (2).

(1) Paris, 20 avril et 17 août 1880. S. 1881, 2, 134. Tr. Co Nantes, 24 novembre 1900. Rec. Nantes, 1901, 113. Nîmes, 7 juin 1905. S. 1906, 2, 63. D. p. 1906, 2, 447.

Contra, Seine, 29 juillet 1882. J. C. 32, 58. Seine, 29 août 1886. J. C. 37, 58.

(2) Le défaut du paiement du prix ne l'y autorise pas, pas plus que la faillite de l'acheteur (Catalan, p. 297). Comm. Seine, 30 septembre 1886. J. C. 37, 73, pas plus que l'expropriation du fonds vendu, Seine, 28 janvier 1869. J. C. 18, 265, ou son déplacement, Paris,

Il ne peut aller solliciter son ancienne clientèle alors qu'il s'est rétabli en dehors du rayon interdit (1) ou qu'il est entré comme employé dans une maison similaire (2), ou même s'est installé dans un marché (3).

Il ne peut faire indirectement ce qu'il lui est interdit de faire directement, notamment il ne pourra donner son concours à un concurrent établi dans le voisinage du fonds vendu (4), surtout si ce concurrent est un de ses proches parents ou époux (5), qui serait alors le plus souvent un

9 juillet 1857. J. C. 6, 184, l'acheteur devant conserver le droit de se rétablir dans le rayon qu'il a interdit à son vendeur. Le fait que le bail des lieux où s'exploite le fonds vendu est expiré ne l'y autorise pas davantage, Paris, 21 février 1900. S. 1903, 2, 210 et Paris, 18 avril 1901. S. 1905, 2, 14.

(1) Req. 31 mars 1884, D. p. 1884, 2, 366. Req. 11 novembre 1873. S. 1874, 1, 352. Seine, 18 août 1905. J. C. 36, 139. Cass., 4 février 1901. S. 1906, 1, 171.

(2) Angers, 16 mai 1894. S. 1894, 2, 180. Cass. civ., 11 mai 1898. S. 1898, 1, 265, dans ce dernier arrêt, l'acte de vente n'interdisait pas expressément de se rétablir.

(3) Seine, 14 novembre 1902, J. C. 53, 277.

(4) Paris, 15 novembre 1893, J. C. 44, 99. Seine, 4 septembre 1901, J. C. 52, p. 270. Rennes, 27 novembre 1893, D. p. 1894, 2, 256. Civ. Rej., 9 février 1898, D. p. 1903, 1, 605, S. 1898, 1, 121. Cass. Civ., 11 mai 1898, S. 1898, 1, 265.

Encore faut-il examiner quel sera ce concours si, par exemple, il devient homme de peine chez un concurrent, il ne fera aucun tort à son acheteur et les tribunaux ne permettront pas à ce dernier de l'inquiéter à ce sujet. Tr. Co. Marseille, 26 février 1901. Rec. Marseille, 1901, 1, 212.

Il devra même faire profiter son acquéreur des stipulations par lesquelles ses anciens employés s'étaient interdits d'exercer un commerce similaire dans un délai déterminé. Paris, 29 juillet 1903, *G. Pal.* 1903, 2. Texte non publié.

(5) Paris, 2 janvier 1898 (fils) D. p. 1900, 2, 318. Paris, 21 no-

prête-nom, quand bien même ce concours serait donné non par lui-même mais par sa femme qui l'aidait jadis dans son commerce (1), quand bien même ce concours consisterait dans l'apport de capitaux à un concurrent (2).

Actes permis.

A l'inverse, le vendeur peut faire tous les actes qui n'ont pas pour effet d'attirer à lui la clientèle vendue (3).

Il peut notamment se rétablir auprès de son ancienne maison, dans un commerce différent. La question de savoir si le nouveau commerce entrepris par le vendeur est différent de celui vendu par lui, sera le plus souvent fort délicate, les juges du fait la trancheront en se basant sur les circonstances (4).

vembre 1893 (enfants) (acte muet). D. p. 1894, 2, 93. Seine, 23 juin 1898 (époux), J. C. 49, 192. Seine, 23 août 1899 (fille) J. C. 50, 211. Seine, 30 octobre 1901 (père et mère), J. C. 53, 30. Nantes, 24 novembre 1906 (fille), Rec. Nantes, 1907, 1, 54.

(1) Comm. Seine, 11 septembre 1897, J. C. 48, 145.

(2) Riom, 20 mars 1876, S. 1876, 2, 50. Paris, 11 décembre 1889. S. 1891, 2, 45.

Il ne faudrait pas cependant exagérer l'importance de ces arrêts, un ancien commerçant pourrait, croyons-nous, très licitement prêter de l'argent à un concurrent déjà établi dans le périmètre défendu, notamment prendre des obligations si ce concurrent est une société anonyme. Mais ce que la jurisprudence veut, c'est que le vendeur n'attire pas à lui la clientèle vendue. Dans les arrêts ci-dessus, le vendeur prête des capitaux pour *fonder* un établissement semblable, et les prête à son fils (Riom) ou à sa fille (Paris).

(3) L'arrêt de requêtes du 27 avril 1905, J. C. 55, 605, paraît décider le contraire, mais il y a là vente d'un matériel et non d'un fonds.

(4) Par exemple, à un ancien limonadier, ils interdiront de se ré-

L'achat d'actions d'une société anonyme concurrente et voisine lui est permis à condition qu'il ne la gère lui-même (1) ; ne gérant pas la société, il ne peut attirer à lui la clientèle, son vote aux assemblées générales est insuffisant pour cela.

Il peut fournir son ancienne clientèle quand celle-ci vient d'elle-même se présenter chez lui (on ne peut forcer une personne à acheter à un marchand et pas à un autre) (2).

S'il possède un immeuble dans le rayon interdit, il pourra le louer pour un commerce semblable au sien (3), à moins qu'on ne puisse considérer le nouveau locataire comme un prête-nom, si par exemple c'est sa belle-sœur (4). Ce sont là des questions que les juges du fait apprécient.

A qui profite l'interdiction ?

A l'acheteur, à ses successeurs à titre universel (héritiers), c'est incontesté ; et également à ses successeurs à titre

tablier cafetier. Nîmes, 7 juin 1905, S. 1906, 2, 447. A un ancien marchand d'objets religieux, ils permettront de se rétablir marchand d'article de nouveauté. Paris, 10 novembre 1905, J. C. 55, 482. A un ancien pharmacien, de se rétablir droguiste. Tr. Comm. Oran, 6 décembre 1907, la loi du 30 janvier 1908. Ils toléreront à un marchand de vente au détail de se rétablir dans le même commerce, mais en vendant en gros. Lyon, 17 février 1882, S. 1882, 2, 213. Pour la distinction du gros et du détail, voir Lyon, 17 février 1882, et surtout Req. 9 mai 1888, S. 1888, 1, 320.

(1) Civ. 9 février 1898, S. 1898, 1, 121.

(2) Paris, 13 décembre 1897, *G. Pal.* 1898, 1, 584.

(3) Bordeaux, 4 mai 1859, S. 1860, 2, 214. D. p. 1860, 2, 219. Req. 10 juin 1879, D. p. 1880, 1, 37. Paris, 21 février 1900. *Le Droit*, 28 avril 1900.

(4) Comm. Nantes, 5 avril 1905. Rec. Nantes, 1906, 1, 212.

particulier ; ce point est admis par la presque unanimité des auteurs et des arrêts (1), et s'explique par cette idée que l'interdiction est faite dans l'intérêt du fonds plus que dans l'intérêt de l'acquéreur. Le possesseur actuel du fonds a d'ailleurs une action directe contre le vendeur primitif rétabli indûment à côté de lui (2).

A qui est opposable l'interdiction ?

Au vendeur et à ses héritiers (3), mais pas aux successeurs à titre particulier du vendeur (4).

Pratiquement, on a peu souvent l'occasion d'opposer l'interdiction de se rétablir à un successeur à titre particulier du vendeur.

Il faudrait supposer que le vendeur a fondé et vendu plusieurs établissements de suite et que son successeur dans l'établissement B. vendrait son fonds pour en créer un, en

(1) Catalan, p. 170. Lèbre, p. 107, n° 97. Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 249 *ter*. Pouillet, n° 602.

Req. 18 mai 1868, S. 1868, 1, 244. Lyon, 6 avril 1892, S. 1893, 2, 218. Paris, 21 février 1900, S. 1903, 2, 210. Nantes, 2 juin 1906, Rec. Nantes, 1906, 1, 401. *Contra*, Bottelin, p. 105, qui préfère voir là une cession d'action en garantie, ce n'est pas notre avis : on peut céder une action née, mais une action à naître ?...

(2) Paris, 10 mars 1866, J. C. 15, 244. Paris, 20 mai 1890, J. C. 40, 340 et Lyon, 2 février 1901. *Mon. Jud.*, Lyon, 22 juillet 1901.

Lyon-Caen et Renault, t. III 249 *ter*, p. 204 et Seine, 28 octobre 1905, J. C. 56, 226.

(3) Paris, 11 décembre 1889, S. 1891, 2, 45. Paris, 21 février 1900, S. 1903, 2, 210. D. p. 1900, 2, 476. Comm. Saint-Etienne, 11 janvier 1905, la loi du 23 janvier 1905.

(4) Douai, 4 décembre 1900, D. p. 1902, 2, 187. *Contra*, Angers, 20 juin 1888. *Ann. dr. Co.*, 1888, 1, 131 et la note.

face de l'établissement A. Le successeur dans l'établissement A. n'aurait, croyons-nous, aucune action à exercer contre le successeur dans l'établissement B., sauf conventions spéciales (1).

Etendue et durée de l'interdiction.

Quand la convention fixe l'étendue et la durée ou la durée seule, les juges n'ont qu'à l'appliquer, mais quand la convention ne fixe que l'étendue, il y aurait, croyons-nous, exagération à interdire par exemple à un commerçant de s'établir au N° 5 de telle rue, parce qu'il y a vingt ans, son père a vendu un fonds semblable, au N° 7. Aussi les juges et surtout les tribunaux de commerce sont-ils très larges et permettent-ils de se rétablir malgré la convention alors qu'il est absolument impossible que le vendeur (ou ses ayants droit) puisse attirer à lui la clientèle vendue ; la solution contraire dans ce cas aurait pour effet non de protéger un acheteur, le péril est passé, mais d'empêcher sans cause valable un vendeur ou un ayant droit du vendeur de se rétablir, elle porterait donc atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie.

Sanction.

L'acheteur peut exiger la fermeture de la boutique que son vendeur vient d'ouvrir à côté de lui, et, en plus, des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé (2).

(1) Voir Boutaud et Chabrol, p. 179, n° 166 et Bottelin, p. 90.

(2) Req. 21 février 1862, D. p. 1862, 1, 185. Paris, 24 août 1875, J. C. 24, 480. Lyon, 6 avril 1892, S. 1893, 2, 219. Bordeaux, 12 novembre 1893, G. Pal. tables, n° 92, 7, texte non publié.

La fermeture sera obtenue au moyen d'une astreinte ou *manu militari*.

Les tribunaux peuvent ordonner la fermeture seule (1) ou seulement des dommages et intérêts (2) ; ils modifient la sanction, suivant le préjudice qu'ils estiment être réellement causé.

Dans le cas où le vendeur prêterait son concours à un concurrent établi dans le rayon défendu, le tribunal prononcerait des dommages et intérêts contre lui (3).

Nous croyons cependant qu'il pourrait exiger du concurrent, au moyen d'une astreinte, le renvoi de son vendeur, et même, dans certains cas, la fermeture de la maison ; si, notamment, le concurrent n'est que le prête-nom du vendeur primitif. Quant au concurrent qui emploie sciemment le vendeur, il pourrait, croyons-nous, être condamné à des dommages et intérêts, en vertu de l'art. 1382 C. C. (4).

SECTION II

Obligations de l'acheteur

L'acheteur est tenu de prendre livraison de la chose vendue, d'en payer le prix (art. 1650 C.C.), de payer les frais

(1) Seine, 2 novembre 1876, J. C. 26-38.

(2) Paris, 10 mars 1866, J. C. 45, 344. Trib. Corr. Saint-Etienne, 13 juillet 1899, *G. Pal.* 99 2, 303.

(3) Seine, 30 octobre 1901, J. C. 53, 30.

(4) Req. 8 novembre 1904, *G. Pal.* 7 décembre 1904.

accessoires de la vente (frais d'actes, droits d'enregistrement) (1) (art. 1593 C.C.).

Nous aurons à examiner les garanties qui assurent au vendeur le paiement du prix.

Obligation de prendre livraison.

Si le vendeur est tenu de livrer, l'acheteur est tenu d'accepter cette livraison. S'il ne le peut par suite d'un cas de force majeure, la vente sera-t-elle annulée ? Les tribunaux sont pour l'affirmative (2). Cette solution est contestée (3) à tort, selon nous ; on dit en effet que l'acheteur a pour obligation non d'exploiter, mais de prendre livraison ; nous comprenons mal cette distinction : en effet, comment l'acheteur prend-il livraison de la plupart des éléments du fonds de commerce, les éléments immatériels ? Par l'usage qu'il en fait, c'est-à-dire par l'exploitation (4).

Si le retirement n'a pas été fait, l'acheteur après sommations peut demander la résolution de la vente. Peut-il s'appuyer sur l'art. 1657 C.C. « En matière de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de

(1) Nous n'insistons pas sur ce point ; pratiquement, il se confond avec le paiement du prix et ne comporte par lui-même aucune difficulté. Nous ferons seulement remarquer que le paiement de la commission due à l'intermédiaire marchand de fonds ne doit pas rentrer dans les frais accessoires de la vente.

(2) Comm. Seine, 23 septembre 1904, *G. Pal.* 1904, 2, 498.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 169, p. 185.

(4) Cf. Boutaud et Chabrol, n° 136, p. 145. Ces auteurs ne nous paraissent pas logiques avec eux-mêmes.

plein droit et sans sommation au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retraitement. » La négative a été soutenue (1) en s'appuyant sur les travaux préparatoires du Code : le Conseil d'Etat s'opposa nettement à l'application de l'article 1657 en matière commerciale (2).

Nous ne partageons pas cette opinion. Le Conseil d'Etat ne faisait pas les lois mais les préparait ; de plus, l'art. 1657 est très général et le C. Co. n'y apporte aucune restriction (3) ; l'art. 1657 est surtout utile en matière commerciale (4) ; cette dernière solution est admise par la jurisprudence (5).

Du texte même du Code, il ressort qu'un terme doit avoir été fixé, ou par les parties, ou par l'usage, pour que l'art. 1657 reçoive son application. Notons aussi que nous assimilons au défaut de prise de livraison la prise de livraison d'une partie seulement des éléments du fonds (6).

Paiement du prix.

C'est là l'obligation principale de l'acheteur (7).

(1) Voir notamment Aubry et Rau, t. IV (4^e éd.) texte et note 5. Tr. Co. Marseille, 22 juillet 1890, la loi du 4 octobre 1890.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. III, n^o 121, p. 110.

(3) Lyon-Caen et Renault, *ibidem*.

(4) Guillouard, t. II, n^o 637, p. 174.

(5) Comm. Seine, 21 décembre 1895. J. C. 46, p. 159. Arrêt relatif au fonds de commerce.

(6) Guillouard, *ibidem*, nos 631, 633.

(7) Le plus souvent, en plus du prix, l'acheteur rembourse au vendeur la somme versée par ce dernier au propriétaire des locaux

A qui, comment, où et quand ce prix doit-il être versé, est-il productif d'intérêts ?

Nous allons examiner ces questions successivement.

A qui le prix sera-t-il payé ?

Au vendeur ou à son mandataire ? (1)

Le vendeur peut aussi stipuler de son acheteur qu'il paiera le prix à un tiers (en fait à un créancier du vendeur, et souvent à son propre vendeur non intégralement payé). Quelle sera la valeur de cette stipulation ?

C'est plus qu'une simple indication de paiement essentiellement révocable, c'est une stipulation pour autrui (2) ou une délégation (3), la jurisprudence hésite.

Quelle que soit la solution adoptée, il est certain que le tiers (bénéficiaire de la stipulation pour autrui, ou délégataire) aura une action directe contre l'acheteur pour se faire

où est exploité le fonds, pour lui garantir le paiement des loyers ; en général, cette somme correspond à Paris à la moitié du loyer annuel et est imputable sur les six derniers mois du bail en cours ; elle fait corps avec le prix ; généralement elle est payée en espèces, même quand le prix est réglé, totalement ou partiellement en billets.

(1) Très fréquemment, le prix est payé non au vendeur, mais à celui chez qui sont reçues les oppositions, nous étudierons ce cas, quand nous parlerons des effets de la vente des fonds de commerce à l'égard des tiers, estimant que c'est là la vraie place de l'exposé de la théorie des oppositions à la vente de fonds de commerce.

(2) Paris, 24 mai 1884; *Le Droit*, 21 juillet 1884.

(3) Cass., 24 juillet 1889, S. 1892, 1, 297.

payer, sans qu'il soit nécessaire pour cela d'avoir accompli les formalités de l'article 1690 C.C. (1).

Ces formalités de l'art. 1690, le vendeur désireux de céder sa créance peut aussi les accomplir, mais, le plus souvent, il n'aura pas à le faire, le surplus du prix non payé comptant étant réglé par l'acheteur en billets à l'ordre du vendeur, ce dernier n'aura qu'à les endosser pour en transférer la propriété au tiers (art. 136 C.Co.) à qui ils seront payés le jour de l'échéance.

Comment le prix sera-t-il payé ?

Le paiement peut être réel ou s'opérer par compensation. En pratique, il arrive quelquefois que le débiteur vende son fonds à son créancier (qui sera souvent son propre vendeur ainsi que nous le verrons plus loin) pour que la créance et la dette du prix de vente s'éteignent par compensation. Cette façon de faire est parfaitement valable, elle est inattaquable quand il n'y a aucun obstacle à cette compensation (les deux dettes sont liquides et exigibles art. 1291 C. C.) ; c'est la compensation légale.

Quand, au contraire, il y avait un obstacle à cette compen-

(1) Nous ne voulons pas nous étendre sur cette intéressante question, qui n'entre dans notre sujet que d'une façon accessoire. Nous nous contenterons de marquer nos préférences pour la théorie qui voit là une délégation. Avec cette théorie, le délégué ne pourra opposer au délégataire les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant et le but voulu (suppression d'une étape dans la circulation d'une somme d'argent) sera plus sûrement atteint. On obtiendrait un résultat différent avec la stipulation pour autrui. Voir Hubert, *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*.

sation, que les parties ont levé (l'une des dettes n'était pas exigible) la compensation est dite conventionnelle et est toujours annulée en cas de faillite du débiteur (art. 446 C. Co.) à la différence de la compensation légale que l'art. 446 ne vise pas.

Au cas où la compensation serait annulée, quel sera le sort de la vente? Nous examinerons plus loin cette question.

Où le prix doit-il être payé?

Au lieu régi par la convention (art. 1650 C. C.) et s'il est payable à terme, au domicile de l'acheteur (art. 1247 C. C.)

Quand le prix sera-t-il payé?

En principe, le jour de la délivrance (art. 1651 C. C.), mais des conventions contraires sont licites (art. 1651 C. C.) et très fréquentes (1).

L'acheteur menacé d'éviction peut suspendre le paiement tant que le vendeur n'aura pas fait cesser le trouble, ou donné caution (art. 1653 C. C.); l'acheteur entre les mains de qui a été formée une saisie-arrêt même pour partie du prix doit refuser tout paiement, sinon, il court le risque de se voir contraint de payer une deuxième fois entre les mains de l'opposant; mais il doit déposer le prix à la caisse des dépôts et consignations pour qu'on ne puisse l'accuser de refuser le paiement (2). Souvent une forte partie du prix, la moitié,

(1) Nous parlerons plus loin du délai (à Paris 10 jours) pendant lequel l'acheteur doit garder le prix par devers lui, après la publication de la vente.

(2) Paris, 24 juin 1870, J. C. 1871, 129.

voire plus est payable à terme en plusieurs échéances (1) échelonnées sur plusieurs années.

En général, pour permettre au vendeur la disposition de ce capital, non payé, l'acquéreur lui souscrit des billets à son ordre causés valeur en fonds de commerce, et aux diverses échéances arrêtées entre eux.

Ces billets pourront-ils être payés avant leur échéance par l'acheteur ? non en principe, car le terme est stipulé dans l'intérêt des deux parties et le vendeur peut tenir à conserver le placement qu'il a fait de son argent ; nous verrons en effet plus loin, que sa créance lui rapporte des intérêts ; mais, en général, l'acquéreur se réserve dans l'acte de vente la faculté d'anticiper le paiement (2) ; c'est autant de moins d'intérêt qu'il aura à payer.

Déchéance du terme.

Dans deux cas le débiteur ne peut plus réclamer le béné-

(1) En général, pour les ventes de fonds de vins liqueurs, restaurants, à Paris, la moitié du prix est payable comptant, la deuxième moitié à terme. Les paiements à terme ne commencent qu'un an après la prise de possession, la première année étant réservée pour le paiement des droits d'enregistrement et des marchandises pour lesquelles un prix séparé est presque toujours stipulé.

(2) Pratiquement, on ajoute « à condition que la portion anticipée soit équivalente au montant d'un ou plusieurs billets » de façon à éviter de scinder un billet ou deux, ce qui serait bien difficile dans le cas où le vendeur aurait endossé ces billets à un tiers. On oblige aussi l'acquéreur à prévenir un certain temps à l'avance le vendeur de son intention de payer tel jour tel billet non encore échu. De cette façon, le vendeur peut rechercher celui entre les mains de qui se trouve le billet et le prévenir.

fice du terme, en cas de faillite, ou lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier (art. 1188 C.C.)

Lorsque le vendeur revend son fonds, le déplace, le voit exproprié pour cause d'utilité publique, en fait l'objet d'un apport à une société, d'une dation en nantissement, diminue-t-il les sûretés données à son vendeur? (1) et l'art. 1188 doit-il s'appliquer? La question est discutée, nous allons l'étudier pour chacun de ces cas en insistant sur la revente.

Revente.

Un fonds de commerce constitue souvent le seul actif de son propriétaire ; s'il le revend, ses créanciers n'auront plus comme gage que le prix du fonds qui aura remplacé le fonds lui-même dans le patrimoine du débiteur ; leur situation pourra être moins bonne, car ce prix peut être infime ; s'il est versé complètement, il peut être facilement dissipé par le débiteur et, si c'est une créance, il peut être d'un recouvrement plus ou moins sûr. Faut-il voir dans le fait de la revente une diminution de sûretés pouvant entraîner l'application de l'art. 1188 ? Nous ne le croyons pas. L'art. 1188 parle de sûretés conventionnelles ou légales et non de sûretés morales ; aussi les arrêts estimant que l'art. 1188 s'applique se sont-ils appuyés sur ce fait que, par suite de la revente, le vendeur perdait son privilège (art. 2102 4^o) (2). Nous donnerons plus

(1) On assimile ordinairement aux sûretés *données* par le contrat les sûretés que le vendeur est en droit d'exiger.

(2) Nîmes, 19 mars 1851, S. 1853, 1, 614. Rouen, 18 avril 1868, S. 1869, 2, 18, Civ. Havre, 26 juillet 1883, G. Pal. 1883, 2, 438.

loin les raisons qui nous font repousser cette théorie ; aussi, ne voyant rien dans la revente d'un fonds qui justifie l'application de l'art. 1183, préférons-nous admettre que la revente ne fait pas déchoir l'acquéreur du bénéfice du terme (1). Quant au danger moral résultant de la revente, le vendeur peut le conjurer en stipulant expressément dans le contrat qu'en cas de revente du dit fonds, tout ce que l'acquéreur resterait devoir au vendeur deviendrait de plein droit immédiatement exigible.

Cette clause à laquelle on ajoute l'expropriation pour cause d'utilité publique, l'apport à une société, la dation en nantissement est devenue de style et personne n'en conteste la validité.

Expropriation. — L'acquéreur étant exproprié certains arrêts déclarent exigible le prix restant dû (2), d'autres pas (3). Tous paraissent raisonner comme au cas de vente, et oublier que l'art. 1183 contient les mots « par son fait », l'expropriation étant indépendante de la volonté de l'indi-

(1) Comm. Seine, 25 avril 1873, J. C. 32, 420. Seine, 29 novembre 1882, G. P. 1883, 2, 280. Rouen, 24 juin 1903. *Recueil*, Marseille, 1904, 2, 41. Cependant, il a été admis que le fait de la revente faisait perdre à l'acquéreur le bénéfice du terme, lorsque le vendeur, dans l'acte, avait expressément interdit toute revente avant parfait paiement. Tr. Co. Marseille, 21 mars 1888. Rec. Marseille, 1888, 1, 214. Nous n'approuvons pas cette décision ; la clause du contrat peut rendre le fonds inaliénable, elle ne fait pas déchoir du bénéfice du terme, ce sont deux ordres d'idées très différents.

(2) Paris, 6 avril 1867 et 3 avril 1868, J. C. 17, 251, 253. Seine, 17 mai 1867, J. C. 16, 494.

(3) Paris, 15 novembre 1860, J. C. 10, 68.

vidu, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 1188. Tant pis pour le vendeur s'il n'a pas inséré dans le contrat une clause spéciale.

Apport à une société. — Ce cas doit, croyons-nous, être assimilé à la vente ; le fonds disparaît du patrimoine du vendeur pour y être remplacé par un intérêt ou une action (1). Nous ne connaissons pas d'arrêt sur cette question.

Déplacement du fonds. — De la situation du fonds dépend souvent sa valeur ; son déplacement peut le déprécier, le ruiner même.

Nous ne croyons pas qu'il y ait là, dans l'état actuel de nos lois, une cause de déchéance du terme pour l'acquéreur (2).

Dation en nantissement. — Elle ne doit pas actuellement être une cause de déchéance du terme (3), elle affecte, il est vrai, à un seul créancier, le gage qui était à tous, mais le gage du vendeur n'est pas plus diminué qu'en cas de revente pour un prix dérisoire. Ajoutez à cela que le vendeur n'avait qu'à prendre le fonds en nantissement pour son compte.

Si les billets, stipulés exigibles au cas de revente, ont été endossés à l'ordre d'un tiers, ce tiers peut-il se prévaloir de l'exigibilité stipulée lorsque le fonds sera revendu ? La

(1) L'apport d'un fonds de commerce en société étant fréquemment un moyen employé pour frauder les droits des créanciers, la proposition Cordelet (art. 7) le réglemeute assez sévèrement.

(2) La proposition Cordelet en décide autrement (art. 13). Nous ne pouvons que l'approuver.

(3) D'après la proposition Cordelet, (art. 13) l'inscription d'un nantissement peut rendre exigibles les créances antérieures ayant pour

doctrine et la jurisprudence hésitent (1) ; à moins d'une convention expresse nous sommes partisans de l'affirmative, ce n'est pas là un droit que *seul* peut exercer le vendeur, il ne lui est pas attaché personnellement ; nous ne voyons pas de raisons pour qu'il ne suive pas la créance, qu'il contribue à garantir dans une grande mesure. Pratiquement, le tiers porteur peut ignorer la revente, cela est pourtant rare en fait, les ventes de fonds de commerce étant publiées ainsi que nous le verrons plus loin.

Nous donnerons une solution identique au cas où l'acquéreur qui s'en serait réservé la faculté rembourserait avant son échéance un billet endossé par le vendeur à l'ordre d'un tiers. Ce dernier ne pourrait refuser de recevoir le paiement.

Enfin, il arrive quelquefois que le prix étant stipulé payable à diverses échéances, le contrat décide que, à défaut de paiement d'une seule échéance, ce qui resterait dû deviendra exigible. Cette clause est valable (2).

Intérêts.

Le fonds de commerce, source de bénéfices, étant consi-

cause l'exploitation du fonds ; c'est là une disposition qui nous semble préférable.

(1) Pour la négative, Comm. Seine, 5 février 1897 la loi, 16 fév. 97. Paris, 17 janvier 1863, J. C. 13, 10. Pour l'affirmative, Seine, 3 avril 1890, J. C. 40, 137. Comm. Seine, 15 juin 1892, *G. Pal.* 1892, 2, 193.

(2) Civ. Rej. 26 décembre 1900, D. p. 1901, 1, 218. La pratique offre peu fréquemment l'exemple d'une pareille clause, très dure

dérée comme une chose frugifère, le prix en est productif d'intérêts (art. 1652 C.C.) au taux commercial, c'est-à-dire 5 0/0.

Pratiquement, le prix est réglé au moins partiellement en billets. Sur chaque billet est ajouté l'intérêt y afférent (1).

Garanties assurant le paiement du prix.

La loi accorde au vendeur des garanties lui assurant le paiement du prix, que le prix soit payable immédiatement ou à terme. Ces garanties sont celles du vendeur de meubles non payé, nous avons en effet considéré le fonds de commerce comme un meuble, ainsi que l'admettent la doctrine et la jurisprudence.

Ces garanties sont au nombre de quatre :

- A. Un droit de rétention.
- B. Un droit de revendication.
- C. Un privilège.
- D. Une action résolutoire.

Les deux premières ne sont possibles, en principe, que si la vente a été faite sans terme. Les deux dernières sont surtout exercées quand un terme a été accordé pour le paiement.

A) Droit de rétention.

Le vendeur a le droit de refuser la délivrance du fonds tant que l'acheteur ne paie pas le prix, à moins qu'il n'ait suivi

pour l'acheteur qui peut être momentanément gêné sans que sa situation soit pour cela devenue pire.

(1) Quand un billet est payé par anticipation, cet intérêt est diminué proportionnellement à l'anticipation ; le système d'ajouter sur chaque billet, l'intérêt de la somme restant due trop dur pour l'ache-

la foi de l'acheteur en lui accordant un terme pour le paiement (art. 1612 C. C.)

Malgré la concession d'un terme, le vendeur conserve son droit de rétention si, entre la vente et l'époque fixée pour la délivrance, l'acheteur est tombé en faillite (ou en déconfiture), à moins qu'alors l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme (art. 1613 C. C.),

Cette garantie ne s'applique que très rarement en pratique, et ne nous paraît pas soulever de difficulté.

B) *Droit de revendication.*

Si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer les effets mobiliers, et, par conséquent, le fonds de commerce, tant qu'ils sont entre les mains de l'acheteur (ce qui supprime tout droit de suite) reconnaissables, et pourvu que la revendication soit faite dans la huitaine de la livraison, sans doute parce que s'il agissait plus tardivement, il pourrait être considéré comme ayant tacitement accordé un terme (art. 2102 4^o) (1).

L'exercice de cette garantie, comme l'exercice du droit de rétention est assez rare en pratique.

teur qui a ainsi de trop fortes échéances dès ses débuts est de moins en moins employé.

(1) Est-ce là une revendication du droit de rétention ? Cette explication ingénieuse (Voir Boutaud et Chabrol, p. 191. Thaller, n° 1943, p. 969) nous semble moins vraisemblable que celle de M. Planiol (t. II, p. 509 et suiv., 543 et suiv.) qui y voit une survie de la revendication romaine, toujours possible, dans ce cas, la propriété n'étant transférée à l'acheteur qu'après paiement (dans la vente au comptant). Aujourd'hui, il en est autrement (art. 1583, C. C.) mais cette conséquence de l'ancien principe a survécu.

C) *Privilège.*

L'art. 2102 4^e § 1 C. civ. accorde un privilège au vendeur d'effets mobiliers non payés, sur les effets vendus. On est d'accord pour accorder ce privilège au vendeur de fonds de commerce sur le fonds vendu (1).

Assiette du privilège. — Il porte sur le fonds, c'est-à-dire sur tous les éléments du fonds, par conséquent sur les marchandises ; on a soutenu le contraire, les marchandises ayant souvent une valeur bien supérieure à celle du fonds (bijouteries, orfèvreries, par exemple), en les comprenant dans le privilège, on risque de ruiner le crédit de l'acheteur au profit du vendeur ; cette raison est certainement digne d'être prise en considération, mais elle ne peut valoir contre l'état actuel de nos lois qui n'apporte aucune restriction à l'étendue du privilège (2).

Le privilège porte-t-il sur les marchandises ayant remplacé celles existant le jour de la vente ? la question est discutée, nous penchons pour l'affirmative (3).

Les marchandises nouvelles prennent à notre avis la place

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, n^o 250. Guillouard, *Privilèges et Hypothèques*, t. I, p. 186. Riom, 20 mars 1879, D. p. 1880, 2, 4. Paris, 25 juillet 1882, D. p. 1883, 2, 215. Civ. Seine, 9 décembre 1896 et 15 février 1897, J. C. 46, 833.

(2) La proposition Cordelet continue à comprendre les marchandises dans le privilège du vendeur (art. 1) ; elle les exclut du nantissement (art. 9.) pour ne pas nuire aux créanciers antérieurs qui ont pu les compter dans leur gage ; ces créanciers antérieurs n'existent pas en matière de privilège, le privilège naissant en même temps que la vente.

(3) Boutaud et Chabrol, 193, p. 207. Catalan, p. 283.

des anciennes par un sorte de subrogation réelle (1) ; si, au moment où le privilège est exercé, la valeur des marchandises actuelles est supérieure à celle des anciennes, un règlement amiable interviendra entre les parties (2).

Le privilège porte sur l'indemnité allouée à l'acquéreur par suite d'expropriation pour cause d'utilité publique. Cette indemnité représente la valeur du fonds exproprié (3). Portera-t-il sur l'indemnité allouée à l'acquéreur assuré, en cas d'incendie ? non, avant la loi du 19 février 1889, car cette indemnité représente non pas la valeur du fonds, mais la contrepartie des primes versées à l'assureur. En pratique, le vendeur se faisait céder d'avance par une délégation expresse, jusqu'à concurrence du prix restant dû, l'indemnité éventuelle ; depuis la loi du 19 février 1889 cette délégation est toujours sous-entendue (4).

Rang du privilège.

Etant parmi les privilèges spéciaux, il passe avant les privilèges généraux (5), il passe en général après le privilège du créancier nanti (6). Cette préférence ne nous paraît pas

(1) Voir Catalan, p. 89. Civ. Rej. 26 décembre 1900, D. p. 1901, 1, 218.

Contra, Boutaud et Chabrol, p. 219.

(2) En ce sens proposition Cordelet, art. 1.

(3) Seine, 15 novembre 1860, J. C. 10, 68. Paris, 11 juin 1872, S. 1872, 2, 164.

(4) Voir Planiol, t. II, n° 3439, 3452.

(5) Cass. 20 mars 1849, S. 1850, 1, 206. Dijon, 19 mai 1893, S. 1893, 2, 134.

(6) Paris, 16 novembre 1904, J. C. 54, 479. Paris, 8 janvier 1908, G. Pal. 8 février 1908. Planiol, t. II, n° 2587, p. 818.

parfaitement équitable : c'est en effet le vendeur qui a mis dans le patrimoine du débiteur le fonds de commerce donné en gage ; elle peut se justifier par ce fait que le privilège reste occulte (1) alors que le nantissement est porté à la connaissance des tiers par une inscription (loi du 1^{er} mars 1898). Il passe avant le privilège du conservateur de la chose (art. 2102 3^o C. C.) à condition cependant que les frais faits pour la conservation du fonds soient antérieurs à la vente.

D) *Action résolutoire.*

Si l'acheteur ne paie pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente (art. 1184 et 1654 C. C.) Tant que le prix n'est pas entièrement payé, il ne peut être considéré comme payé, et la demande en résolution est possible.

Que devra restituer l'acheteur ? le fonds y compris les marchandises, même si ces dernières ne sont plus celles ayant existé le jour de la vente (2) ; il y a là, nous venons de le dire, un cas de subrogation réelle ; si les nouvelles diffèrent des anciennes, un règlement amiable interviendra entre les parties. Il y a cependant des éléments du fonds que l'acquéreur ne rendra pas ou ne pourra rendre tels qu'il les a pris, c'est l'achalandage, car il aura souvent diminué par sa faute la possibilité d'une clientèle, et le

Contra, Seine, 15 novembre 1905, J. C. 56-251. Au créancier nanti, on assimile le bailleur dont le privilège a la même base.

(1) Voyez art. 1 et 2 de la proposition Cordelet qui modifie complètement cet état de choses.

(2) Nancy, 10 novembre 1897, *G. Pal.* 1897, 2, 684. Saint-Etienne, 28 mars 1899, *G. Pal.* 99, 1, 564.

droit au bail ; la durée de ce dernier aura toujours forcément diminué. Aussi les tribunaux font-ils le plus souvent droit à la demande de dommages et intérêts que formule le vendeur en même temps qu'il actionne l'acquéreur en résolution.

Le vendeur qui aurait touché une partie du prix doit la rendre : en pratique, il demande souvent de la conserver à titre de dommages et intérêts ; cette prétention peut lui être accordée quand elle n'est pas exagérée.

Parmi les garanties accordées au vendeur, le privilège est la seule qui lui assure l'exécution du contrat, qui, par conséquent, lui assure les bénéfices espérés de cette exécution ; les autres ne font que lui permettre d'annuler l'effet du contrat en reprenant son fonds, par conséquent, elles lui garantissent simplement qu'il ne perdra rien.

Nous verrons plus loin l'intérêt de cette distinction.

Nous venons de voir quelles sont les garanties accordées par la loi ; par qui peuvent-elles être exercées, contre qui ; peuvent-elles toujours être exercées utilement, c'est ce que nous allons examiner.

Par qui ces garantis peuvent, elles être exercés ?

a) Le *droit de rétention* et le *droit de revendication* ne peuvent être exercés que par le vendeur ; il ne peut être ici question du cessionnaire de sa créance, une créance sans terme n'étant presque jamais cédée à un tiers ; cependant, le droit de rétention est possible, nous l'avons vu dans un cas, malgré le terme consenti (1) ; mais alors, le cessionnaire de la

(1) Voir p. 123.

créance, à moins d'une subrogation qui ne se présume pas, ne pourra pas l'exercer.

b) *Privilège et action résolutoire*, on s'est demandé si le vendeur à qui l'acheteur avait souscrit des effets de commerce pour le paiement du prix conservait contre ce dernier le bénéfice du privilège et de l'action résolutoire. Les partisans de la négative voyaient dans le fait de souscrire un effet, une novation ; le vendeur, jadis créancier en vertu de la vente, devenait créancier en vertu du billet. Cette opinion est aujourd'hui complètement abandonnée, la souscription d'effets de commerce représentant le prix ou la partie du prix non payé en espèces, n'opère pas novation de la créance du vendeur et ne constitue qu'une modalité du paiement du prix (1).

Le cessionnaire de la créance, que celle-ci consiste ou non en effets de commerce, pourra donc exercer le privilège du vendeur qui reste attaché de plein droit à la créance dont il garantit le paiement, la cession de créance n'étant ni une novation, ni un paiement avec subrogation (2).

Théoriquement, il peut également exercer l'action résolutoire ; mais, dans la pratique, cette garantie exercée par un

(1) Seine, 15 novembre 1905, J. C. 56, 251. Paris, 17 juin 1898, J. C. 48, 380. Req. 5 août 1878, S. 1879, 1, 71. Boudaud et Chabrol, p. 197, n° 18. Planiol, n° 545, p. 181. Il suit de là que ces billets se prescriront par trente ans et non par cinq ans. Paris, 17 juin 1898 précité.

(2) Planiol, t. II, n° 1637, p. 541. Comm. Seine, 3 avril 1890, J. C. 40, 137. Les privilèges et hypothèques garantissant une dette disparaissent quand le débiteur change, mais seulement s'il y a novation. En ce sens, Saleilles, *Cession de dettes*, p. 41.

tiers amène une situation si compliquée (1), qu'elle est employée très rarement et à défaut d'autre moyen ; cela tient à ce que l'action résolutoire est une garantie attachée moins à la créance qu'au créancier, elle ne garantit pas que la créance sera payée, elle garantit simplement que le vendeur ne perdra rien. C'est un moyen pour le vendeur de rentrer dans son bien (2).

Contre qui pourront être exercées ces garanties ?

Contre l'acquéreur ; mais supposons que l'acquéreur ait revendu le fonds avant d'avoir fini de payer son vendeur, ces garanties pourront-elles être exercées par le premier vendeur contre le sous-acquéreur ?

Pour la revendication et le droit de rétention, la question ne se pose pas ; ces deux garanties supposant l'absence de terme qui rend notre hypothèse presque impossible. Le droit de rétention ne pourra être exercé quand l'acheteur est tombé en faillite depuis la vente ; l'acquéreur en faillite, dessaisi de l'administration de ses biens, ne pouvant revendre son fonds.

La question s'est au contraire posée fréquemment pour le privilège et pour l'action résolutoire et, dans les deux cas, elle a donné lieu à d'intéressantes controverses.

(1) Le cessionnaire ayant exercé l'action résolutoire, se trouve propriétaire d'un fonds qu'il lui faut vendre, le plus souvent, faute de pouvoir l'exploiter par suite de manque de connaissances spéciales. Il est tenu de rendre à l'acquéreur les acomptes reçus par le vendeur (sauf compensation de ces derniers avec les dommages et intérêts qui lui seraient alloués), s'il vend la maison il a bien des chances pour que le prix obtenu ne couvre pas les dettes, et qu'il ne puisse toucher qu'une partie de son dû, son privilège n'existant plus.

(2) Voir p. 127.

Cotillon

Privilège.

Le privilège du vendeur d'effets mobiliers (art. 2102 4°) étant un droit réel, comporte en principe un droit de préférence qui pourra toujours être exercé par le vendeur primitif ; si donc l'acquéreur a revendu le fonds et qu'il n'en ait pas encore touché le prix, le vendeur primitif pourra être payé sur ce prix, par préférence aux autres créanciers, cela est incontestable (1). Mais si l'acquéreur a revendu le fonds et en a touché le prix, le vendeur primitif a-t-il le droit de faire vendre ce fonds entre les mains du tiers acquéreur pour se payer par préférence sur le prix de cette vente. En d'autres termes, le vendeur a-t-il un droit de suite ?

Le droit de suite existe-t-il en matière de privilèges mobiliers spéciaux, dont fait partie le privilège du vendeur de fonds de commerce (2) ?

Une première opinion soutenue par M. Aubry et Rau (3) admet la négative en se basant sur les termes de l'art. 2102 4° C. C. qui accorde le privilège seulement « si les effets mobiliers sont encore en la possession du débiteur » et sur l'art. 2119 C. C. ; elle est admise par la jurisprudence (4).

(1) Aubry et Rau, n° 261, p. 154. Catalan, p. 285, Civ. Seine, 9 décembre 1896, et 5 février 1897, J. C. 46, 833, Comm. Seine, 14 janvier 1903, J. C. 54, 67.

(2) Voir à ce sujet Moissenet, *Etude sur le droit de suite en matière de privilèges mobiliers*.

(3) Aubry et Rau, 5^e édit., t. III, paragraphe 256 et note 2, p. 186, Catalan, p. 285.

(4) Civ. Seine, 9 décembre 1896, et 15 février 1897, J. C. 46, 833, la loi du 2 mars 1897, Comm. Seine, 14 janvier 1903, J. C. 54, 67.

Une deuxième opinion, qui est celle de M. Beudant (1), soutient que « les privilèges spéciaux sur les meubles comportent le droit de suite parce qu'ils sont des droits réels ; mais ils en sont souvent dépourvus en fait ou parce qu'ils n'ont pas pour objet un corps certain ou par application de l'art. 2279 C.C. (2). »

La première opinion se base sur l'art. 2119, « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » qui n'a qu'un intérêt historique et signifie simplement « les meubles ne sont pas susceptibles d'hypothèque » (3) et non pas « si on peut exercer un droit de préférence sur un meuble on ne peut exercer un droit de suite », enfin la lettre de l'art. 2102 4° n'a pas, croyons-nous, l'intention de formuler une règle, mais celle de constater un fait, la plupart du temps le droit de suite étant impossible, soit parce qu'il ne s'agit pas d'un corps certain, soit surtout parce que le possesseur du meuble est protégé par l'art. 2279.

Nous adoptons donc la seconde opinion ; reste à savoir si l'art. 2279 s'applique au fonds de commerce ; nous avons déjà tranché cette question par la négative (4), par consé-

(1) Beudant, *Sûretés personnelles et réelles*, t. I, paragraphes 263 et 268, p. 227 et suiv. *Ann. de Droit comm.* 1897, p. 104. Percerou sous Paris, 23 mai 1901. D. p. 1903, 2, 971. Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 284.

(2) Nous laissons de côté l'opinion de M. Planiol intermédiaire entre les deux opinions citées, qui accorde le droit de suite au créancier gagiste, le refuse au vendeur d'effets mobiliers. Voir Planiol, *Tr.* t. II, n° 2618 et suiv. p. 827 et n° 2438 et suiv. p. 774.

(3) Planiol, t. II, n° 2703 et suiv.

(4) Voir chap. II, préliminaires, p. 40.

quent, nous croyons possible l'exercice du droit de suite contre un tiers acquéreur de bonne foi (1).

Quant aux raisons qui ont fait adopter à la jurisprudence la solution contraire, ce sont des raisons d'intérêt pratique, nous allons les retrouver à propos de l'exercice de l'action résolutoire.

Action résolutoire.

Le vendeur non payé peut-il demander la résolution de la vente, et revendiquer son fonds alors que le fonds a été revendu par l'acquéreur à un tiers de bonne foi (2) qui se trouvera dépossédé si l'action résolutoire réussit (3).

Oui, sauf l'application de l'art. 2279 ; or, nous croyons cette application impossible ; ceux qui refusent tout droit de suite au privilège du vendeur du fonds de commerce ont soutenu la négative en disant que le privilège tombant par le fait de la revente, l'action résolutoire ne pouvait lui survivre ; c'est vrai pour les immeubles (4) mais aucun texte n'autorise à étendre cette solution aux meubles.

Par conséquent, nous ne voyons aucune raison pour refuser au vendeur l'exercice de l'action résolutoire contre le tiers

(1) Si le tiers acquéreur était de mauvaise foi, personne ne pourrait songer à lui appliquer l'art. 2279 (art. 1141) et, de plus, il pourrait être poursuivi et condamné solidairement avec le vendeur.

(2) Si le tiers était de mauvaise foi, même solution, que note 1, p. 131. Paris, 19 février, 1862, J. C. 44, 260, Paris, 31 mai 1904, J. C. 54, 420.

(3) Art. 7, loi du 23 mars 1855.

(4) Lyon-Caen et Renault, n° 250 bis, p. 206, et Wahl sous S. 1905, 2, 421. Comm. Seine, 2 juin 1903, *Le Droit*, 27 septembre 1903.

acquéreur de bonne foi. Par suite, un acquéreur sera obligé avant d'acheter un fonds, de revoir toutes les ventes auxquelles ce fonds a donné lieu pendant trente ans, sous peine de risquer d'être évincé par un des vendeurs non payé, — c'est peu favoriser la rapidité et la sécurité des transactions si indispensables au commerce; et puis, on risque fort de ne retrouver ni les actes de vente ni les vendeurs, ce qui rendra la vente impossible; et tout cela au profit du vendeur primitif; ne croyez-vous pas le sous-acquéreur aussi digne des faveurs de la loi, plus même, car il tend vers un but où l'autre est arrivé? Ces raisons pratiques ont une très grande force, à tel point qu'elles ont influencé la jurisprudence et qu'une grande partie des arrêts refuse au vendeur l'exercice de l'action résolutoire contre le sous-acquéreur de bonne foi (1). Pour arriver à ce résultat, leur argumentation est en général assez faible: ils appliquent l'art. 2279 au fonds de commerce, ou lient le sort de l'action résolutoire à celui du privilège du vendeur, ou même déclarent tout simplement que « les règles de l'équité doivent prévaloir sur l'interprétation littérale des textes » (2), argument hardi et qui n'a pas besoin de commentaire.

(1) Paris, 27 juin 1904, *G. Pal.* 1904, 2, 422, Paris, 22 novembre 1904, *S.* 1905, 2, 121, et la note de M. Wahl. *Comm. Seine*, 2 juin 1903, *Le Droit*, 27 septembre 1903, *Comm. Seine*, 14 janvier 1903, *G. Pal.* 1903, 1, 387, Paris, 31 mai 1904, *J. C.* 54, 420, (*contra*, *Seine*, 8 juillet et 20 août 1904, *J. C.* 55 142, 4 et 9 mars 1905, *J. C.* 55, 329, Paris, 22 mai 1901, *D. p.* 1903 2-97, et *G. Pal.* 1901, 2, 525, *Seine*, 23 mai 1903, *G. Pal.* 1903, 2, 18).

(2) Paris, 27 juin 1904, précité.

Comme on peut s'en rendre compte, en lisant les arrêts, on ne découvre aucune évolution normale dans la jurisprudence, la solution dépend de l'opinion du juge, ou de l'espèce. Un tel état de chose appelle incontestablement l'intervention du législateur, et, heureusement, c'est presque chose faite, ainsi que nous le verrons plus loin.

Ces garanties peuvent-elles toujours être exercées utilement ?

Au cas de faillite de l'acheteur(1), toutes ces garanties disparaissent, le législateur de 1838 ayant voulu l'égalité entre tous les créanciers, dans l'intérêt supérieur du crédit commercial.

Cependant le droit de rétention subsiste (art. 1613 C.C. et 577. C.Co.), mais il suppose que le vendeur n'a pas livré avant paiement complet du prix, chose rare en pratique (2).

Le droit de revendication lui est enlevé par l'art. 550 qui s'applique au fonds de commerce (3) ; ayant vu le fonds de commerce entre les mains de l'acquéreur, les tiers ont pu l'escompter dans leur gage, il ne faut pas qu'ils souffrent d'une surprise.

Le même art. 550 enlève au vendeur son privilège. Ce pri-

(1) Ce que nous disons de la faillite s'applique également à la liquidation judiciaire.

(2) Les juges du fait décideront si oui ou non le vendeur a livré, au cas où le droit de rétention est applicable les tribunaux refusent des dommages et intérêts au vendeur. L'art. 577 constitue une faveur qui ne saurait recevoir d'extension au delà des termes de la loi, Cass., 24 avril 1903, J. C. 53, p. 552.

(3) Catalan, p. 291 et suiv. Lyon-Caen et Renault, t. VIII, p. 429 et suiv. Thaller, n° 1958, p. 977.

vilège subsisterait cependant si, avant le jugement déclaratif, le vendeur l'avait exercé et si les tiers créanciers avaient accepté le règlement par contribution amiable ou judiciaire qui s'en serait suivi ; *l'acceptation* des créanciers leur rendrait le privilège opposable ; la simple prétention d'exercer le privilège ne peut être opposée aux créanciers qui, pour la rendre vaine, n'ont qu'à faire déclarer la faillite (1).

Le Code de commerce ne parle pas de l'action résolutoire, mais il serait « singulier que le droit de résolution fût conservé, alors qu'il est plus nuisible encore (que le privilège) aux créanciers de l'acheteur » (2), aussi la plupart des auteurs le supposent-ils compris dans l'art. 550 en combinant l'art. 550 avec les art. 576 et 577.

Si le vendeur avait cependant intenté l'action résolutoire avant le jugement déclaratif, il pourrait en conserver le bénéfice, les créanciers du failli n'auront pas lieu d'être surpris, « l'exercice de l'action résolutoire a manifesté à l'extérieur le non paiement du prix » (3).

Dans ce cas, le vendeur pourra-t-il exiger des dommages et intérêts ? Nous le croyons, le droit de résolution étant admis malgré la faillite postérieure, il n'y a pas de raisons pour ne pas admettre avec lui toutes ses conséquences (4).

(1) Req. 30 novembre 1897, D. p. 1898, 1, 172.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. VIII, n° 834, p. 129. Thaller, n° 1946, p. 970, Nancy, 10 novembre 1897, G. P. 97, 2, 684.

(3) Lyon-Caen et Renault, t. VIII, n° 835, p. 131.

(4) Percerou, note sous Paris, D. p. 1903, 2, 97, *Contra*, Cass., 16 février 1887, D. p. 1887, 1, 201.

Il touchera donc ces dommages et intérêts en monnaie de dividende. Cependant, la Cour de Paris a admis que les acomptes sur le prix déjà reçus par le vendeur se compensent avec les dommages et intérêts (1); la compensation est légale, la créance et la dette sont nées *ex eadem causa*, l'art. 446 C.Co. ne s'applique donc pas (2).

Ainsi que nous venons de le voir, en cas de faillite de l'acheteur, le vendeur de fonds de commerce perd le plus souvent toutes les garanties que lui a accordées le Code civil; aussi, les vendeurs ont-ils cherché à améliorer leur sort, soit en stipulant des garanties conventionnelles plus résistantes, soit en ajoutant dans l'acte des clauses destinées à éviter la déchéance encourue; parmi ces moyens, les uns sont parfaitement licites et reconnus valables par les tribunaux, les autres sont annulés comme destinés à tourner la loi.

Nous allons en examiner quelques-uns sur lesquels la jurisprudence a eu à se prononcer.

Le nantissement de fonds de commerce (loi du 1^{er} mars 1898) consenti par l'acheteur au vendeur est un expédient très légal et de plus en plus employé pour fortifier la situation du vendeur. Au cas de faillite, il subsiste (3), à moins qu'il n'ait été inscrit après la cessation des paiements ou dans les dix

(1) Paris, 22 mai 1901, D. p. 1903, 2, 97. *Contra*, Tr. Co. Marseille, 4 avril 1905, Rec. Marseille, 1905, 1, 243.

(2) Voir page 115.

(3) Voir cependant. Comm. Rouen 12 juillet 1900, D. p. 1901, 2, 97, 5^e espèce; la loi de 1898 a eu pour conséquence d'augmenter le nombre des faillites pour insuffisance d'actif, l'actif se trouvant absorbé par le créancier nanti.

jours qui précèdent et qu'il se soit écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif du nantissement et celle de son inscription (art. 448 C. Co.) (1).

Le vendeur peut aussi stipuler que l'acheteur devra toujours avoir en magasin des marchandises en quantité et valeur suffisantes pour répondre des sommes dues sur le prix de la cession de fonds ; cette clause est validée par la Cour de cassation (2) qui l'interprète en ce sens : « si la vente est résolue, le droit du vendeur s'étend au fonds de commerce tel qu'il se comporte au moment de l'introduction de l'action résolutoire, c'est-à-dire comprenant la totalité des marchandises, même celles ne provenant pas du vendeur », et ce, même à l'encontre de la masse. Cette substitution est possible par suite de la convention ; la Cour n'a pas osé dire par suite de la nature du fonds de commerce (3).

Le vendeur peut aussi interdire à l'acheteur de revendre avant d'avoir payé entièrement son fonds. La vente consentie malgré cette interdiction sera-t-elle nulle ? En d'autres termes, quelle sera la valeur d'une clause d'inaliénabilité temporaire ? A notre avis elle est nulle (4) (art. 537 C. Co. 1598 C. C.), la

(1) On a soutenu que l'art. 448 ne s'appliquait pas au nantissement du fonds de commerce, Nancy, 20 décembre 1904, J. C, 56, 702, la solution contraire admise par deux arrêts récents, Cass., civ., 15 et 23 juillet 1907, S. 1907, 1, 257, nous paraît préférable. « Les abus auxquels l'art. 448 a voulu parer, sont de nature à se produire pour l'inscription du nantissement comme pour les inscriptions d'hypothèques, ou privilèges immobiliers » (note de M. Lyon-Caen.)

(2) Civ. Rej. 26 décembre 1900, D. p. 1901, 1, 218.

(3) Bouteaud et Chabrol, p. 223, note 1.

(4) La jurisprudence a souvent validé des clauses d'inaliénabilité

solution contraire amènerait des résultats pratiques désastreux ; les tiers non prévenus achèteront, paieront et seront évincés et leur action en garantie d'éviction se heurtera le plus souvent à l'insolvabilité de leur vendeur. Un jugement du tribunal de commerce de Marseille a trouvé une autre solution(1) ; elle fait de cette interdiction, une interdiction valable de vendre sans le consentement du vendeur primitif(2). Malheureusement, cette solution est tout aussi préjudiciable aux tiers que la précédente et nous ne pouvons l'admettre (3), l'inaliénabilité temporaire ne nous paraît possible en législation que si les tiers en sont prévenus par une large publicité.

L'interdiction par le vendeur à l'acheteur de donner son fonds en nantissement est absolument analogue à celle que nous venons d'étudier ; en admettre la validité, amènerait d'aussi fâcheux résultats faute de publicité. Nous ne la croyons donc pas valable, bien qu'elle figure dans nombre d'actes de vente (4).

Un vendeur peut louer son fonds, déclarant qu'après le

temporaire quand il s'est agi de biens transmis par donation ou par testaments, Req. 29 mars 1877, D. p. 1879, 1, 455, Paris, 9 mars 1900, D. p. 1901, 2, 505, (note E. Boutaud) et surtout civ. rej. 22 juillet 1896. D. p. 1898, 1, 47 et la note Planiol.

(1) 20 Novembre 1903, Rec. Marseille, 1904, 4, 67.

(2) Le droit du vendeur primitif ne pouvant aller jusqu'à refuser systématiquement tout acheteur qu'on peut lui présenter, les tribunaux pourront décider le cas échéant si son refus constitue ou non un abus de droit (*ibidem*).

(3) Voir Tr. Co. Marseille, 21 mars 1888, Rec. Marseille, 1884, 1, 214.

(4) En pratique elle est souvent inutile, les tribunaux ont fréquem-

paiement d'un certain nombre de loyers, le locataire deviendra propriétaire du fonds loué. En cas de faillite du locataire, le propriétaire reprend purement et simplement son fonds. Certains arrêts ont approuvé cette combinaison, y voyant un contrat spécial (1), d'autres y ont vu une vente déguisée et ont considéré le contrat comme une vente (2). A notre avis, il ne faut pas voir dans une telle convention par principe un louage, ou par principe une vente déguisée ; le juge doit rechercher quel est en fait son vrai caractère sans se préoccuper de la dénomination qui lui a été donnée par les parties contractantes (3).

La réserve formelle que fait le vendeur dans le contrat, soit de son privilège (4), soit de son action résolutoire (5), n'empêche pas l'un et l'autre de tomber au cas de faillite ; la convention des parties est impuissante à modifier une disposition impérative de la loi.

Le vendeur se réserve souvent la propriété du fonds vendu jusqu'à complet paiement du prix ; cette clause, qui rappelle ce qui existait pour la vente romaine au comptant, est considérée par la jurisprudence comme destinée à éviter une déchéance

ment cassé des nantissements donnés à des tiers par un acheteur non libéré de son prix, en vertu de l'art. 1167, C. C.

(1) Cass., 22 février 1887, S. 1888, 1, 87, Chambéry, 18 juillet 1899, J. C. 49, 854.

(2) Comm. Seine, 18 novembre 1892, J. C. 43-44, Comm. Seine, 4 août 1896, J. C. 46, 402. Alger, 28 janvier 1903, J. C. 53, 737.

(3) En ce sens, Comm. Seine, 24 octobre 1905, J. C. 566, 222.

(4) Comm. Seine, 3 novembre 1905, J. C. 56, p. 234.

(5) Comm. Marseille, 10 avril 1894, *Journ. des faillites*, 94, 517.

d'ordre public, elle ne pourra donc être opposée aux créanciers de la faillite (1).

Mais si le vendeur déclare que la vente ne sera définitive qu'après le versement du prix effectué à une époque déterminée, c'est là une vente sous condition suspensive parfaitement valable (2).

Enfin le vendeur voyant son successeur périlcliter et craignant de ne pas toucher le prix lui restant dû et non encore exigible en général, se fait rétrocéder le fonds par son successeur, de façon à ce que sa dette du prix de cette vente et sa créance du prix de la première vente s'éteignent par compensation. Cette opération serait valable, mais, le plus souvent, les créanciers du successeur le font déclarer en faillite, la date de la cessation de paiements est reportée antérieurement à la rétrocession, et la compensation est toujours annulée, étant conventionnelle (art. 446 C. Co.)

Quant à la vente, certains arrêts l'annulent (3) ; pour eux, vente et compensation ne forment qu'une seule opération qui doit être annulée ou validée pour le tout, le fonds restera donc dans l'actif de la faillite et le précédent vendeur produira pour sa créance.

D'autres arrêts voient là deux opérations : une vente moyennant un prix égal à la somme due, suivie d'une com-

(2) Douai, 25 juillet 1896, J. C. 46, 780, Amiens, 28 avril 1894, D. p. 1895, 2, 92, Cass., 17 juillet 1895. D. p. 1896, 1, 57 note de M. Thaller.

(2) Cass., 22 mars 1905, J. C. 55, 602, Req. 29 janvier 1902, S. 1902, 1, 168, note Thaller, sous D. p. 96, 1, 57.

(3) Pau, 1^{er} mai 1901, J. C. 51, 973.

pensation conventionnelle entre le prix de cette vente et la créance primitive ; dans ces conditions, la vente peut être validée (art. 447 C. Co.)

Le vendeur primitif restera propriétaire de son fonds qu'il aura racheté, et sera débiteur du prix d'achat ; sa créance primitive n'étant pas éteinte, il produira pour elle à la faillite (1).

Nous préférons cette solution ; bien qu'elle soit plus dure pour le vendeur, elle nous semble plus conforme aux principes généraux du droit ; l'opération ci dessus est au fond une dation en paiement, bien que les arrêts ne se servent pas de cette expression ; or, la dation en paiement est une opération double composée d'une vente et d'une compensation.

Incontestablement, la loi est dure pour le vendeur du fonds de commerce, en cas de faillite de son acheteur ; d'autant plus que le fonds de commerce est souvent la seule valeur que possède le failli et que c'est le vendeur qui l'a introduite dans son patrimoine, elle est moins dure pour le créancier nanti à qui elle conserve, sous certaines conditions, son privilège ; c'est pourquoi une réforme sera la bien venue ; nous n'aurons pas longtemps à l'attendre (2).

(1) Rouen, 3 août 1898, J. F. 1899, 206, Req. 18 juin 1900, D. p. 1900, 1, 513 et la note de M. Thaller.

(2) Voir plus loin, 3^e partie.

CHAPITRE V

EFFETS A L'ÉGARD DES TIERS

La vente de fonds de commerce est parfaite entre les parties par le seul consentement (1). — Ce consentement suffit dans l'état actuel de nos lois pour rendre la dite vente opposable aux tiers.

Quels sont ces tiers ? Ce sont ceux qui se trouvant en rapports juridiques avec les parties au moment de la vente, voient leur situation modifiée par cette vente ; c'est-à-dire ceux dont les rapports avec le vendeur ont pour cause le fonds, la vente du fonds ne modifiant guère la situation de ceux ayant des rapports juridiques avec l'acheteur (2).

Ces rapports peuvent être nés de l'aliénation ou de la mise en gage totale ou partielle du fonds, les tiers seront alors les ayants droit du vendeur ; la vente du fonds leur sera-t-elle opposable ?

Ces rapports peuvent être nés de l'acquisition, ou de l'exploitation du fonds ; les tiers seront alors les débiteurs,

(1) Voir p. 90.

(2) Exception faite cependant pour ceux auxquels l'acheteur a précédemment vendu un fonds identique et voisin de celui précédemment acheté (voir pages 10 et suivantes).

créanciers, co-contractants du vendeur, et la question se divise. Ou bien le vendeur par une convention expresse ou tacite avec son acheteur a prétendu mettre ce dernier à son lieu et place dans ses rapports avec les tiers susnommés. Quel sera l'effet de cette convention vis-à-vis des tiers ? Ou bien il a entendu n'apporter aucune modification à ces dits rapports. Quelle sera la situation des tiers ?

Effet de la vente à l'égard des ayants droits du vendeur.

Le vendeur peut, avant de consentir à l'acheteur la vente de son fonds, avoir vendu ou donné en gage ce fonds, ou quelques-uns des éléments en dépendant (marchandises, bail, brevet, etc...)

Un conflit s'élèvera entre l'acheteur et l'acheteur précédent, entre l'acheteur et le créancier gagiste. Lequel sera préféré ? c'est ce qu'il nous faut étudier.

a) Conflit d'acheteurs successifs. — Lorsqu'un objet mobilier a été vendu par son propriétaire à deux personnes successivement, il reste la propriété de celles des deux qui se trouve le posséder de bonne foi (art. 2279, 1444 C. civ.,) encore que son titre soit postérieur en date ; mais, nous l'avons vu, ces articles ne s'appliquent qu'aux meubles corporels dont ne fait pas partie le fonds de commerce. Nous croyons donc que le premier en date des acheteurs demeurera propriétaire et pourra exiger la mise en possession même à l'encontre du deuxième acquéreur (1).

(1) Tr. Co. Seine, 1^{er} mars 1899, J. C. 50, 25, Tr. Co. Seine, 24

L'acheteur d'un fonds de commerce peut se trouver en conflit avec un précédent acheteur d'un ou plusieurs éléments composant le fonds de commerce ; la transmission de la propriété de ces éléments à l'égard des tiers s'opérera différemment suivant les principes généraux du droit concernant ces éléments (1) ; ainsi l'acheteur d'un fonds de commerce pourra être évincé partiellement par un acheteur des marchandises, du matériel, mis en possession avant lui (art. 2279-1144 C. C.), par un acheteur de brevet d'invention qui aura fait enregistrer avant lui la cession au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte a été passé (art. 20, loi du 5 juillet 1844) par un acheteur de créances qui aurait avant lui signifié la cession au débiteur ou à l'ordre duquel la créance aurait été d'abord endossée (lettre de change, police d'assurance, etc).

De cela, il résulte que l'acheteur d'un fonds de commerce peut se voir dépouillé postérieurement à la vente et avant la prise de possession d'un grand nombre d'éléments du fonds et reste malgré cela débiteur de son prix envers le vendeur ; il aura bien un recours contre lui, mais, le plus souvent, ce recours sera inefficace ; l'inventaire fait aussitôt après la vente, avant la prise de possession, assez fréquent en pratique, n'apporte aucun remède à cette regrettable situation.

b) Conflits d'acheteurs et créanciers gagistes.— Un fonds a

mars 1901, J. C. 52, 94, Tr. Co. Seine, 28 novembre 1903. J. C. 54, 269.

(1) Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 246, p. 198.

été primitivement donné en nantissement par son propriétaire à un tiers (loi du 1^{er} mars 1898). Quels seront les droits de ce tiers contre l'acheteur ? Les avis sont partagés.

Une première opinion soutient que, malgré la dation en nantissement, l'acheteur reste propriétaire ; le privilège du créancier gagiste s'exercera non sur le fonds, mais sur le prix du fonds (sauf mauvaise foi de l'acquéreur), à condition que ce prix n'ait pas encore été versé au vendeur (1).

Nous ne sommes pas de cet avis, le privilège du créancier gagiste, comme tout privilège, comporte un droit de suite ; ce droit de suite peut être paralysé notamment par l'art. 2279 C. C. quand il porte sur des meubles corporels, mais ce n'est pas ici le cas (2), le créancier gagiste pourra donc faire vendre le fonds entre les mains de l'acquéreur pour exercer son droit de préférence sur le prix provenant de cette vente. (3) Avec la solution contraire, le propriétaire d'un fonds pourrait le donner en nantissement puis le vendre le lendemain, le nantissement deviendrait ainsi inutile, et la loi du 1^{er} mars 1898 resterait lettre morte dans la plupart des cas (4).

L'acheteur ne peut se trouver en conflit avec un créancier auquel marchandises ou matériel auraient été donné en gage ; pour que ce gage fût valable, le vendeur devra avoir transmis la possession à son créancier, l'acquéreur sera donc prévenu et n'aura rien à objecter.

(1) Rouen, 13 juillet 1900, S. 1901, 2, 177, note Wahl.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 259, n° 285, 4.

(3) Paris, 16 novembre 1904, *Le Droit*, 19 novembre 1904.

(4) Voir les conclusions Brégeault dans l'arrêt de Paris précité.

Si une créance avait été donnée en gage, la signification du transfert au débiteur serait nécessaire pour rendre cette remise en gage opposable aux tiers (art. 91. C. Co.) Si donc la vente (avec cession de créance y stipulée) est antérieure à cette signification, l'acheteur pourra valablement toucher le montant de la dite créance à l'exclusion du créancier gagiste. Ajoutons que sur ces derniers points les difficultés pratiques sont rares, la loi exigeant la mise en possession du créancier gagiste (la créance sera représentée par le titre qui la constate), l'acquéreur sera averti de la constitution en gage.

Effet de la vente à l'égard des débiteurs, créanciers, co-contractants du vendeur.

1^{er} Cas.

Les parties, par une convention expresse ou tacite, ont entendu mettre l'acheteur au lieu et place du vendeur dans les rapports de ce dernier avec les tiers.

A. — *Débiteurs.*

Au moment de la vente d'un fonds de commerce d'ébénisterie par exemple, Primus se trouvait débiteur de meubles achetés au vendeur. Primus devra-t-il payer à l'acheteur ou devra-t-il considérer la cession de créance comme *res inter alios acta*, c'est-à-dire comme ne pouvant modifier sa situation ?

La réponse est facile : la loi ayant établi un mode de cession de créance ayant effet à l'égard des tiers, si ses prescriptions ont été suivies, Primus devra payer à l'acheteur ; le

cessionnaire est saisi à l'égard des tiers par la signification du transfert de créance faite au débiteur ou par son acception dans un acte authentique (art. 1690 C. C.) ou par l'endossement à son ordre s'il s'agit d'une créance constatée par un titre à ordre ou même par la simple tradition, s'il s'agit d'un titre au porteur (action, obligation, billet de banque) (1).

La situation du débiteur peut aussi se trouver modifiée, même malgré lui. La loi a pensé qu'il n'y avait pas à cela d'inconvénient grave ; peu importe que Primus paie au vendeur ou à l'acheteur, il faudra toujours qu'il paie (2).

B. — *Créanciers.*

Reprenons le même exemple : Primus a non plus acheté, mais vendu des meubles au vendeur du fonds de commerce. Quelle sera sa situation ? Sa créance ne sera pas exigible par le seul fait de la vente du fonds, cette vente n'étant pas une cause de déchéance du terme (3).

Primus gardera le vendeur comme seul débiteur, la loi n'a donné aucun moyen de rendre la cession de dettes opposable aux tiers (4), elle n'a pas voulu qu'on puisse imposer à un

(1) Le débiteur dans ce cas (société, banquier, etc...) par le seul fait qu'il n'a pas spécifié son créancier, a entendu s'engager envers le possesseur actuel du titre dans lequel ce droit se trouve en quelque sorte incorporé.

(2) Cela n'est cependant pas toujours exact, le débiteur peut acquérir aussi un créancier farouche à la place d'un créancier débonnaire.

(3) Voir p. 118 et Cass., 4 janvier 1870, S. 1870, 4, 103.

(4) L'acheteur peut rembourser au vendeur la dette (contribution) mais le créancier ne connaît en principe que le vendeur (obligation).

créancier un débiteur à la place de celui choisi, ce dernier aurait pu ne pas présenter les mêmes garanties de solvabilité. Cette raison a une importance pratique énorme, mais pas assez grande cependant pour empêcher, en législation, la cession de dettes d'avoir des effets vis-à-vis des tiers ; il y a un point qui est évident : on ne peut donner à quelqu'un malgré lui, un débiteur remplaçant celui qu'il a choisi ; mais on peut lui donner un débiteur à côté, en plus de celui qu'il a choisi, de façon que le paiement fait par ce dernier éteigne la dette.

C'était l'idée de Delbrück (*Cumulative Schuldübernahme*(1)). La cession de dettes toujours valable entre les parties, par leur convention, peut valoir vis-à-vis du créancier par son adhésion, expresse ou tacite (2) dans ce cas, le débiteur primitif est libéré (*privative Schuldübernahme*). C'est la théorie du Code civil allemand de 1896, art. 415.

Incontestablement, notre Code civil est en retard.

Reste un point qui nous paraît indubitable : le débiteur ne pourrait céder sa dette à un tiers et rendre cette cession opposable au créancier si sa dette était personnelle (une obligation de faire, par exemple) ; de ce genre font partie les dettes nées de contrats faits *intuitu personæ*.

Pratiquement, la cession de dettes, surtout dans la vente de fonds de commerce, peut offrir de grands avantages, ne serait-ce qu'au point de vue de la liquidation qui s'en trouve-

(1) Gaudemet, p. 457 et suiv.

(2) Elle pourrait résulter notamment de la remise du titre au débiteur primitif, *ibidem*, p. 509.

rait singulièrement simplifiée, l'acheteur payant directement les créances du vendeur et diminuant d'autant le montant du prix à verser au vendeur, aussi les parties ont-elles cherché un moyen de compléter la loi et de rendre la cession des dettes opposable aux tiers.

Pour cela, elles ont usé de trois procédés : Novation, délégation, stipulation pour autrui.

Novation par changement de débiteur.

La dette du vendeur envers son créancier Primus se trouvera éteinte et remplacée par une nouvelle dette identique, celle de l'acheteur envers Primus. Ce procédé assez simple est celui qui s'est trouvé le plus souvent validé par la jurisprudence (1), mais la novation ne se présume point (art. 1273 C. C.) et comme, dans notre cas, elle n'est presque jamais expresse, on se heurtera à une grosse difficulté ; aussi la jurisprudence a-t-elle admis qu'en matière commerciale l'art. 1273 ne s'appliquerait plus, la novation pouvant être prouvée par de simples présomptions (2), même prises en dehors de l'acte d'où l'on prétend la faire résulter ; il y a là une question à examiner par la Cour de cassation (3).

Cette façon de supprimer l'art. 1273 est peu admissible, nous ne voyons aucun texte qui autorise sa non application

(1) Cass. civ., 5 janvier 1835, S. 1835, 1, 88, Req. 31 mai 1854, S. 1855, 1, 44. Req. 12 décembre 1866, S. 1867, 1, 70, Angers, 29 juillet 1868, D. p. 1869, 2, 8, Req. 19 novembre 1888, D. p. 1889, table, V. novation, n° 327.

(2) Req. 19 novembre 1888, précité.

(3) Req. 31 mai 1854, précité.

en matière commerciale, mais la Cour de cassation voulait un résultat, il lui fallait des arguments, elle en a faits.

Ce système a un grave défaut ; la novation de notre droit n'est pas une cession de dettes, c'est une opération double : extinction d'une dette A, création d'une dette B ; or, la dette B peut ne pas avoir les mêmes garanties (art. 1278 C. C.) et n'être pas soumise aux mêmes exceptions (1) ; de plus, cette combinaison ne permet pas au créancier de garder deux débiteurs ; il lui faut prendre l'un ou l'autre.

Délégation (2) Le vendeur (délégant) priera son créancier (délégataire) d'accepter l'acheteur (délégué) comme débiteur ; le délégataire aura comme créancier le délégué, il pourra conserver comme créancier le délégant (délégation imparfaite) ou le perdre (délégation parfaite).

La délégation parfaite se confond pratiquement dans le cas qui nous intéresse avec la novation (3) ; la délégation imparfaite se rapproche de la stipulation pour autrui avec cette différence que dans la délégation imparfaite, trois personnes jouent un rôle actif (4) dans la stipulation pour autrui, deux seulement : le créancier (tiers bénéficiaire) est muet ; or, dans notre cas, vendeur et acheteur se passent souvent de son concours.

Pour ces raisons, on préfère à la délégation imparfaite la stipulation pour autrui.

(1) Voir Saleilles, *Cession de dettes*, p. 43 et suiv.

(2) Voir Hubert, *Thèse*, Poitiers, 1899.

(3) Voir arrêts cités note précédente, le concours du créancier sera prouvé par de simples présomptions, Gaudemet, p. 274.

(4) Rosy, *op. cit.*, p. 203.

Stipulation pour autrui.

Le vendeur (stipulant) stipule de l'acheteur (promettant) que celui-ci paiera la dette contractée par lui, vendeur, envers Primus créancier, à Primus (tiers bénéficiaire).

Cela est parfaitement valable, cette stipulation étant la condition d'une stipulation personnelle (art. 1121 C. C.) à intervenir entre le vendeur et l'acheteur (réduction proportionnelle du prix de vente (1)).

Du fait de la stipulation Primus acquiert immédiatement un droit direct contre l'acheteur (2); ce droit n'est pas créé par son acceptation, cette dernière n'a pour effet que de l'empêcher de révoquer ce droit, ce qui lui était possible tant qu'il n'avait pas accepté.

Le promettant peut s'engager à être tenu de la même dette que le stipulant en vertu du même titre et sous le bénéfice des mêmes exceptions; c'est alors une véritable cession de dettes; le nom seul manque (3). Les tribunaux ont validé la stipulation pour autrui dans ce cas, l'opinion qui en faisait une simple indication de paiement n'a pas eu gain de cause (4). Il faut noter que la stipulation pour autrui est impuissante à éteindre par elle seule les droits du créancier contre le stipulant (pour cela il faudrait le concours de ce dernier) elle

(1) Voir Planiol, t. II, n° 1209 et suiv. p. 406 et suiv. et les références. Voir Gaudemet, p. 319, Rossy, p. 214.

(2) Planiol, *loc. cit.*, 1261.

(3) Saleilles, p. 46, Rossy, p. 224.

(4) Paris, 28 mai 1884, cassant Tr. Co. Seine, 7 fév. 1883, *Le Droit*, 21 juillet 1884, Catalan, p. 236.

réalise ce que les Allemands appelleraient une *Cumulative Schuldübernahme*.

Cette théorie est relativement récente et son champ d'application s'étend tous les jours, elle peut, croyons-nous, permettre de réaliser pratiquement la cession de dettes en attendant l'intervention du législateur (1).

Co-contractants.

Primus a conclu avec Secundus un contrat synallagmatique ; Secundus vend son fonds à Tertius qu'il entend mettre à son lieu et place. Primus pourra-t-il exiger de Tertius l'accomplissement de sa prestation ? devra-t-il accomplir la sienne à l'égard de Tertius ? la loi est muette. La jurisprudence a donné son avis sur la question : de ses différents arrêts, nous croyons pouvoir extraire l'idée générale suivante ; le bénéfice d'un contrat synallagmatique peut être cédé par un des co-contractants à un tiers, et cette cession peut être opposable à l'autre co-contractant, à la condition qu'il ne s'agisse pas d'un contrat où la considération de la personne des co-contrants joue un rôle primordial (contrat fait *intuitu personæ*) (2) et que le cessionnaire du contrat offre au moins autant de garanties que le cédant (3).

(1) En Allemagne, l'acte par lequel s'opère une cession de dettes est « un acte juridique unilatéral par lequel le créancier reconnaît valablement à son égard la convention de reprise et s'en approprie les effets », Gaudemet, p. 506.

(2) Lyon, 8 janv. 1848, D. p. 1848, 2, 175 et surtout Req. 16 avril 1872, D. p. 73, 1, 73 et le rapport de M. Guillemart au pourvoi.

(3) Req. 16 avril 1872, précité Douai, 19 novembre 1879, S. 1881, 2, 1.

La question de savoir si le contrat a été fait *intuitu personæ* est une question de fait que les tribunaux apprécieront.

Au cas où un contrat aurait été fait *intuitu personæ*, il peut être cédé sans le consentement du co-contractant (1), mais la jurisprudence admet que ce consentement peut être tacite et résulter des faits ; ce sera une question de droit à examiner (2).

Quant au mode de cession à employer, ce sera un mode de cession de créance admis par la loi, et un expédient permettant de réaliser la cession de dettes ; en général, dans les arrêts ci-dessus, la novation, l'ancien débiteur n'étant plus tenu.

Parmi les contrats ainsi cédés on rencontre presque toujours le bail des lieux où est exploité l'établissement cédé (3), cette cession est valable moyennant acceptation du propriétaire et, poussé par les nécessités pratiques, le Code permet de présumer cette acceptation, si le propriétaire n'a pas exprimé dans le bail sa volonté contraire (4). Quant au locataire, il restera tenu malgré la cession envers le propriétaire qui aura ainsi deux débiteurs au lieu d'un ; cela est

(1) Paris, 25 fév. 1892, D. p. 1892, 2, 55, Gaudemet, p. 420, Co. Havre, 17 juillet 1899, Rec. Havre, 1899, 1, 215. Tr. Seine, 23 déc. 1880, S. 1881, 2, 1, confirmé en appel, Paris, 4 août 1882, S. 1883, 2, 75 et Toulouse, 2 mai 1883, *ibid.*

(2) Grenoble, 17 nov. 1880, Nyons, 4 déc. 1880, S. 1881, 2, 1.

(3) Voir p. 75.

(4) Dans les baux de fonds de commerce, on rencontre fréquemment la clause suivante « le preneur s'interdit de sous-louer si ce n'est à un successeur de son commerce. »

généralement admis par la jurisprudence et la doctrine (1) ; de même on accorde au propriétaire une action directe contre le sous-locataire (2).

Toutes ces théories admises à propos de la cession du bail seraient susceptibles d'être étendues à bien d'autres contrats, espérons que ce sera l'œuvre future du législateur.

Lorsqu'une Compagnie d'assurance cède ou vend à une autre Compagnie son portefeuille, c'est-à-dire la subroge dans les contrats passés par elle avec les assurés, la jurisprudence, s'inspirant de l'idée générale émise ci-dessus, valide ou non cette cession (3), permet ou non que la Compagnie cessionnaire réclame aux assurés l'exécution du contrat (paiement des primes) ou que les assurés réclament à la Compagnie cessionnaire le paiement de l'indemnité stipulée au cas de sinistre (4).

Pour éviter cette incertitude de la jurisprudence, les Compagnies ont imaginé d'autres moyens de se faire absorber par une autre Compagnie (fusion, annexion, alliance) ; pour leur examen, nous renvoyons au livre de M. Rossy.

(1) Planiol, n° 1753, p. 580, t. III, la simple promesse de bail toujours faite *inluito personæ* ne peut être cédée valablement à l'égard du propriétaire qu'avec son consentement exprès ; il ne suffirait pas croyons-nous, qu'il ne s'y fut pas opposé. Pratiquement, cette question aura relativement peu d'importance, le cédant n'aura qu'à céder le bail obtenu lors de la réalisation de la promesse.

(2) Planiol, p. 581, note 1 et les références.

(3) Voir les arrêts précités, note 3, p. 152, note 4, p. 153 et Rossy, *op. cit.*

(4) Req. 24 juin 1883, D. p. 1884, 4, 155.

On trouvera une application intéressante de la cession de contrats dans la vente d'entreprise de spectacles publics (1) ; le vendeur cédant intégralement à l'acheteur le bénéfice des contrats passés par lui avec les artistes, l'acceptation du cessionnaire sera nécessaire que les artistes puissent exiger de lui l'exécution de leur contrat (2) ; l'acceptation des artistes sera nécessaire pour que le directeur puisse exiger d'eux la réciproque (3).

Quant au traité liant un commis à son patron, la cession n'en peut être imposée aux parties qu'avec leur consentement exprès (4).

Souvent le vendeur cède à l'acquéreur les bénéfices des marchés (5), contrats d'assurances, contrats de publicité, passés par lui avec des tiers. Nous appliquerons les idées générales émises plus haut pour savoir si ces cessions sont valables vis-à-vis des tiers ; pratiquement, à moins que ces contrats n'aient été désavantageux pour eux, ou que le cessionnaire soit insolvable, les tiers co-contractants sont plutôt

(1) Voir Reichenbach, *De la cession d'une exploitation théâtrale*, pp. 376 et suiv.

(2) Req. 16 juillet 1889, D. p. 1890, 1, 440.

(3) Paris, 25 fév. 1892, D. p. 1892, 2, 255. On trouve des arrêts décidant le contraire, Paris, 8 juillet 1892, D. p. 1883, 2, 93. Nîmes, 21 mai 1895, *G. Pal.* 1895, 2, 47, ils basent leur décision sur les mêmes principes. Selon eux, c'est plus avec le fonds lui-même qu'avec le directeur que l'artiste a traité ; une semblable théorie étendue aurait de grosses conséquences ; nous en reparlerons. *Contra*, Reichenbach, p. 157.

(4) Lyon, 8 janv. 1848, D. p. 1848, 2, 175.

(5) Req. 16 avril 1872, D. p. 1873, 1, 730, Paris, 7 avril 1903, J. C. 59, 348.

désireux de voir le cessionnaire prendre la place du cédant dans le contrat, ils évitent ainsi de perdre un client ; d'ailleurs, un commerçant sérieux, tant au moment de la conclusion d'un contrat qu'au moment de la vente de sa maison, doit s'entendre par convention spéciale avec son co-contractant et son acquéreur, de façon à éviter toute complication ; malheureusement, cette entente n'est pas toujours possible.

2° Cas.

Aucune convention, ni expresse, ni tacite, n'est intervenue entre les parties, ayant pour but de modifier les rapports du vendeur avec les tiers. Quels seront les droits des tiers (1) ?

A. — *Débiteurs.*

Leur situation ne peut être rendue ni pire ni meilleure par le fait de la vente ; ils devront payer leur dette au vendeur.

B. — *Co-contractants.*

a) Le contrat n'a reçu aucune exécution.

Les tiers peuvent exécuter leur prestation et forcer le vendeur à exécuter la sienne (avant la prise de possession par l'acheteur) ; une fois son fonds vendu, il serait le plus souvent dans l'impossibilité matérielle de le faire, les co-contractants pourraient lui demander des dommages et intérêts (entrepreneur de spectacles et artistes, patron et ouvriers, etc.)

(1) A ce cas il convient d'assimiler celui où les tiers ont refusé d'adhérer à la convention par laquelle le vendeur s'est substitué le vendeur dans ses rapports avec eux.

b) Le contrat a été exécuté par l'une des parties.

Celle qui n'a pas exécuté sa prestation, reste débitrice, l'autre, créancière ; du contrat il ne reste qu'une obligation ; l'autre obligation qui lui était liée a disparu, étant remplie.

Le tiers doit alors être considéré comme débiteur ou comme créancier.

C. — *Créanciers.*

Leur situation peut être grandement changée par la vente ; un fonds de commerce constitue fréquemment, nous avons déjà eu l'occasion de le dire, la partie la plus claire et la plus certaine de l'actif de son propriétaire ; ce dernier peut le vendre, en toucher le prix, se le réserver clandestinement en feignant l'insolvabilité et faire ainsi disparaître le gage sur lequel ses créanciers étaient en droit de compter.

Le créancier dont la créance est échue (1) n'aura d'autre ressource que de faire annuler la vente comme faite en fraude de ses droits (art. 1167 C. civ.) ou par application de l'art. 447 C. Co., après avoir fait déclarer la faillite de son débiteur ; mais cette annulation est très difficile à obtenir pratiquement : considérez surtout que pour faire annuler une vente, il faut la connaître ; or, aucune disposition de nos lois ne s'occupe de faire connaître aux tiers la vente de fonds de commerce.

Ce silence s'explique par le nombre très restreint de ventes de fonds de commerce au commencement du XIX^e siècle ; elles n'ont pas attiré l'attention du législateur.

(1) Sinon la vente ne la rendrait pas exigible, cf. p. 118.

Publications et oppositions.

L'usage a cherché à combler cette lacune (1).

Dans beaucoup de grandes villes (2), on a pris l'habitude de publier les ventes de fonds de commerce dans les journaux d'annonces légales (3) ; cette publication indique le nom du vendeur, celui de l'acheteur (4), la cession, la date de la prise de possession, et la personne (l'acheteur ou son mandataire) chez qui domicile est élu pour recevoir les oppositions. A partir du moment de la publication les créanciers ont un certain délai (ordinairement dix jours, à Marseille huit jours) (5) pour mettre opposition au paiement du prix entre les mains de la personne désignée à cet effet. Ces oppositions qui devraient normalement être faites par voie de saisie-arrêt sont le plus souvent faites par lettre missive confirmée par un accusé de réception ; les tribunaux ne les valident pas moins (6), cela évite des lenteurs et des frais, et, de

(1) Lyon-Caen et Renault, pp. 207 et suivantes. Catalan, p. 246, Boutaud et Chabrol, n° 172, p. 187, Lèbre, n° 144, p. 115, Pélissier, p. 57.

(2) Notamment à Paris, Lyon, Marseille, Rouen, Nantes, le Havre, mais cet usage est inconnu à Bordeaux et à Montpellier.

(3) A Paris, les *Petites Affiches*, et les *Affiches parisiennes*.

(4) Ce dernier moins intéressant étant donné le but poursuivi, n'est pas toujours notifié, le journal porte alors la mention « sans nom d'acquéreur ».

(5) Ce délai est franc, Marseille, 9 mai 1889, Rec. Marseille, 1889, 1, 230.

(6) Paris, 24 déc. 1893, *G. Pal.* 1894, 1, 172 ; cependant, passé le

plus, permet au tribunal de commerce d'être compétent ; en matière de saisie-arrêt, les tribunaux civils seuls pourraient trancher la question, et leur juridiction est moins rapide et plus coûteuse.

Les tribunaux, contrairement aux principes admis en matière de saisie-arrêt (1), valident même une opposition pour une créance non échue ; cela serait très logique, si le fait de la vente rendait exigibles les dettes du vendeur, ce qui n'a jamais eu lieu ; cependant une opposition n'a pas fatalement pour effet de faire payer, avant terme, le créancier opposant ; à la suite de son opposition, garantie peut lui être donnée que la somme due sera payée à l'échéance ; cette somme peut, par exemple, être déposée jusque-là entre les mains d'un tiers ; nous ne pouvons donc désapprouver les tribunaux.

Pendant le délai nécessaire pour recevoir les oppositions, l'acheteur s'abstient de payer son vendeur ; une fois le délai écoulé, le prix est versé entre les mains de celui qui a reçu les oppositions ; ce dernier convoque le vendeur et les créanciers du vendeur et procède à une répartition du prix entre

délai et avant la répartition du prix, une opposition est encore possible ; elle ne devrait l'être que par voie de saisie-arrêt régulière, mais dans la pratique elle se fait par simple lettre, on évite ainsi les inconvénients de la saisie-arrêt, qui n'en reste pas moins possible, au cas où cette simple lettre ne serait pas acceptée comme valant opposition. Il est logique qu'un créancier faisant opposition par simple lettre ne puisse exiger que le tiers saisi se conforme aux règles de la saisie-arrêt (Code Pr. art. 537, 577) Paris, 29 avril 1897, D. p. 1898, 2, 37 et *Ann. dr. Co.* 97, 349.

(1) Voir Garsonnet, *Traité élémentaire des voies d'exécution*, p. 75, n° 79.

les créanciers qui donneront main levée de leur opposition dans une forme également très simplifiée, un simple bon pour main levée signé par eux ; puis il remet au vendeur le solde pouvant rester. En pratique, les créanciers privilégiés étant payés les premiers, les créanciers chirographaires ne touchent souvent qu'une partie de leur dû, au moins en espèces, aussi des contestations peuvent s'élever ; elles se terminent fréquemment par la mise en faillite du vendeur, une répartition amiable devant à la différence du concordat être acceptée par tous les créanciers. L'un des créanciers peut aussi faire procéder par voie de distribution judiciaire devant les tribunaux civils ; pour cela, il n'aurait qu'à agir par saisie arrêt régulière (C. Pr. Tit.VII), mais autant que possible, on évite ce moyen lent et coûteux.

Cet usage évite bien des fraudes, mais il en est une, malheureusement fréquente, contre laquelle il est impuissant : quand, par suite d'une collusion frauduleuse avec l'acquéreur, le vendeur ne fait figurer à l'acte qu'une partie du prix et se fait remettre l'autre de la main à la main, « sous la table ».

On ne trouve qu'un remède à une pareille fraude, faire annuler la vente au moyen de l'art. 1167 C.C. ou 447 C.Co. ; mais ces moyens ne sont pas toujours possibles, cette fraude étant souvent très difficile à prouver, aussi les réformateurs se sont-ils préoccupés de ce cas (1).

(1) En Allemagne, toute cession de fonds est enregistrée sur le *Handelsregister* où est inscrite la *firma* du commerçant, et se trouve ainsi portée à la connaissance des tiers C. Co. Allemand, 1897, art. 8). En Algérie, il a existé pendant longtemps une disposition légale sur la matière ; un arrêté du gouverneur du 19 déc. 1831 dé-

Valeur de cet usage.

Cet usage est-il obligatoire ?

La négative a été soutenue, « aucune loi ne l'impose, s'il est passé dans les habitudes, son omission ne saurait avoir pour effet de faire considérer le fonds de commerce vendu comme étant resté la garantie des créanciers du vendeur » et d'établir ainsi à leur profit un droit de suite qui n'est pas admis par la loi (1), « ni de rendre l'acquéreur responsable des causes d'une saisie-arrêt formée entre ses mains alors qu'il a payé sans fraude » (2).

Nous ne sommes pas entièrement de cet avis ; cette théorie, croyons-nous, se méprend sur les effets de cet usage, ainsi que

cide que : « Toute boutique ou fonds de commerce situé dans la ville d'Alger restera chargé, nonobstant la vente qui en sera faite, des dettes contractées par le vendeur relativement à ce fonds de commerce ou boutique soit pour loyer ou pour fournitures de marchandises et les acquéreurs ne pourront se soustraire à cette disposition, sous prétexte qu'ils auraient payé tout ou partie de leur acquisition qui ne sera affranchie de cette garantie que quand le vendeur et l'acheteur auront donné communication de leur transaction, par voie d'affiches, à la Chambre de commerce d'Alger, et qu'ils auront déposé et affiché un extrait de l'acte de vente au greffe de la cour de justice, lequel devra être visé et placardé dans un tableau à ce destiné. Quinze jours après ce dépôt l'objet vendu sera affranchi de la garantie ci-dessus spécifiée ». Cet arrêt a malheureusement été abrogé par un décret du 15 sept. 1874.

V. Catalan, p. 254, Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 209, note 3.

(1) Civ. Seine, 30 juin 1884, J. C. 20, 670, Tr. Co. Marseille, 15 déc. 1899, Rec. Marseille, 1900, 1, 89. Tr. Co. Marseille, 8 janv. 1902, Rec. Marseille, 1902, 1, 431. Tr. Co. Marseille, 9 janv. 1906, Rec. Marseille, 1906, 4, 431.

(2) Lyon, 23 nov. 1880, J. C. 30, 242 et Rouen, 27 déc. 1902, S. 1905, 2, 44.

Cotillon.

nous le verrons plus loin ; un usage non contraire à une disposition impérative ou prohibitive de la loi, peut valoir comme interprétation de la volonté des parties ; reconnu par la loi, il s'identifie avec elle (1).

Une seconde opinion soutient l'affirmative, se basant sur les raisons que nous venons d'indiquer, et impressionnée surtout par l'intérêt qu'offre cet usage qui « répond à une nécessité de la pratique loyale des affaires en donnant aux créanciers du vendeur le moyen de faire valoir utilement leurs droits sur une fraction de l'actif de leur débiteur » qui est souvent de beaucoup la plus importante. Il faut donc reconnaître force de loi à cet usage (2).

Nous ne partageons pas absolument cette manière de voir ; un usage ne vaut que comme interprétation de la volonté des parties. Par conséquent, les parties sont libres d'y renoncer. On a prétendu que le mot « parties » devait comprendre les « parties intéressées » et non pas seulement les co-contractants, par conséquent ces derniers ne peuvent y renoncer (3) ; c'est jouer sur les mots, ces « parties intéressées » sont en réalité des tiers. Ce qui choque M. Catalan, c'est que les parties puissent renoncer à un usage qui n'est pas dans leur intérêt ; nous comprenons son sentiment, mais nous ne croyons pas qu'un simple usage puisse créer un droit

(1) Req. 19 nov. 1901, S. 1902, 1, 164.

(2) Rouen, 23 mars 1896, D. p. 1896, 2, 208 et Tr. Co. le Havre, 7 déc. 1898, Rec. Havre, 1899, 1, 61, Tr. Co. Nantes, 24 janv. 1903, Rec. Nantes, 1903, 1, 208, Catalan, p. 261, Thaller, n° 90, p. 66, Lèbre, p. 170, Pélissier, p. 62.

(3) Catalan, p. 261.

pour les tiers ; lorsque la loi subordonne la validité d'un acte à l'accomplissement d'une formalité, elle prend soin de le dire ; il ne peut être suppléé à son silence. Cette solution aurait, de plus, un grave inconvénient pratique ; sans publication, quand commencera à courir le délai ? les oppositions pourront être formées en principe indéfiniment ; cependant, l'arrêt de Nantes (24 janvier 1803) précité exige que les oppositions soient faites pendant un certain laps de temps jugé « raisonnable » ; c'est là un mot bien vague.

Nous admettons avec MM. Lyon-Caen et Renault et la majeure partie de la jurisprudence (1) un système intermédiaire :

La publication n'est pas obligatoire, les parties peuvent y renoncer ; mais, si elles ont été faites conformément à l'usage, « il se forme entre l'acquéreur, le vendeur et les créanciers du fonds cédé un quasi contrat aux termes duquel l'acquéreur prend l'engagement tacite de ne payer que dans un délai déterminé pour permettre aux créanciers de se faire connaître » (2), autrement la publicité donnée à la vente et l'invitation adressée aux créanciers seraient sans motif et même de nature à induire ces derniers en erreur en leur inspirant une fausse sécurité ». (3)

(1) Civ. Seine, 26 mai 1883, J. C. 33, 389, Paris, 27 déc. 1893, J. C. 42, 777 et *G. Pal.* 1894, 1, 172, Paris, 10 mai 1895, D. p. 1895, 2, 440, Paris, 29 avril 1897, D. p. 1898, 2, 37, Tr. Co. Seine, 14 mars 1905, D. p. 1905, 5, 39, Tr. Co. Marseille, 26 avril 1904, Rec. Marseille, 1904, 1, 298, Seine, 9 fév. 1898, loi 6 mai 1898.

(2) Tr. Co. Seine, 14 mars 1905, précité.

(3) Civ. Seine, 26 mai 1883, précité.

Le commerce se plaint, avec juste raison, de l'incertitude de cette jurisprudence, il est presque unanime à réclamer une loi qui fixera un usage sans contestation excellent, puisqu'il augmente le crédit en empêchant le débiteur de soustraire tout ou partie de son patrimoine au droit de gage général qu'ont sur lui ses créanciers ; aussi, plusieurs projets de loi ont été déposés dans ce but ; l'un d'eux est près d'aboutir.

Nous les étudierons dans un chapitre spécial.

Effets de la publication et des oppositions.

L'acheteur ne pourra se dessaisir du prix qu'après le délai d'usage, suivi d'une entente entre tous les créanciers opposants ; faute d'entente, le prix devra être déposé à la caisse des dépôts et consignations et les tribunaux trancheront le différend (1).

Il n'y a pas là une indisponibilité du prix, l'acheteur qui aurait payé prématurément des créanciers ne pouvant leur réclamer le montant total de la somme versée. Il n'y a pas là un droit de suite ; si le prix avait été payé au vendeur malgré les oppositions, les créanciers opposants ne pourraient faire vendre le fonds de commerce entre les mains de l'acheteur pour se payer sur le prix de cette vente (2). Il faut voir là

(1) Co. Seine, 14 mars 1905, précité. Souvent, en pratique, l'acheteur verse le prix entre les mains de celui chez qui domicile est élu pour les oppositions, et ce dernier le conserve jusqu'à l'expiration du délai. Cette combinaison permet à l'acheteur d'entrer en possession aussitôt la conclusion de la vente.

(2) *Contra*. Civ. Seine, 26 mai 1883, précité, voir Thaller, n° 90, page 16.

une simple interdiction de paiement : tout paiement fait au mépris de cette interdiction est nul vis-à-vis des créanciers opposants ; celui qui l'a fait s'expose donc à payer une deuxième fois, sauf son recours contre celui qui a été indûment payé et pour la partie indûment payée.

En Algérie, sous l'empire de l'arrêté du 19 décembre 1835 (1), l'acheteur, en ne publiant pas, s'exposait non pas à payer deux fois, mais à être tenu des dettes contractées par le vendeur relativement au fonds de commerce vendu, ce qui était beaucoup plus rigoureux.

Si donc, l'acheteur verse son prix immédiatement au vendeur, et que des oppositions interviennent dans le délai normal, il devra payer une deuxième fois les opposants jusqu'à concurrence de son prix, sauf recours (souvent illusoire) contre le vendeur pour ce qu'il se trouverait avoir ainsi versé à nouveau ; si l'acheteur paie à un créancier opposant la totalité de sa créance, et que d'autres créanciers fassent ensuite opposition dans le délai normal, il devra verser à ces derniers ce qu'il leur aurait versé si tout s'était passé régulièrement, sauf son recours contre le créancier payé indûment pour la différence entre ce qu'il a touché et ce qu'il aurait touché s'il avait été compris dans la répartition (2).

Le tiers saisi (acheteur) qui aurait déclaré faussement devoir au vendeur un certain prix, en admettant que les formes de la saisie d'arrêt fussent observées, ce qui est rare, ne

(1) Voir, p. 160, note 1.

(2) Paris, 27 déc. 1893, précité. Co. Seine, 16 déc. 1882, J. C. 32, 437.

serait pas tenu de payer au créancier saisissant le montant intégral de la créance, autrement dit, ne serait pas condamné comme débiteur pur et simple des causes de la saisie (577 C. Pr.).

La jurisprudence agit sagement en n'appliquant pas cette décision exceptionnellement sévère (1), à plus forte raison quand ce créancier n'a pas fait de saisie-arrêt régulière (2).

Le vendeur précédent non payé, par le fait seul qu'il fait opposition, n'opte pas pour l'exécution de la vente, il peut toujours en demander la résolution (3).

Malgré la régularité d'une répartition amiable, la vente peut être annulée par suite de l'exercice de l'art. 1167, si elle est jugée frauduleuse par un créancier même non opposant, ou par le syndic du vendeur en cas de faillite (art. 447 C. Co.)

(1) Civ. Seine, 26 mai 1883, J. C. 33, 389.

(2) Paris, 29 avril 1887, D. p. 1898, 2, 37.

(3) Rouen, 5 fév. 1902, C. Pal. 1902, 1, 462.

CHAPITRE VI

INTERMÉDIAIRES

Etant donné la fréquence de plus en plus grande des ventes de fonds de commerce, un rouage nouveau s'est trouvé nécessaire et s'est créé, nous voulons parler des intermédiaires entre le vendeur et l'acheteur.

Ces intermédiaires se divisent en deux catégories qu'il importe de distinguer nettement.

1° Ceux qui rapprochent le vendeur et l'acheteur auquel le langage courant donne le nom de marchands de fonds (1);

2° Ceux qui s'occupent de rédiger les actes de vente, d'accomplir les formalités de publication, de recevoir les oppositions et de procéder à une répartition amiable du prix entre les créanciers opposants, ce sont de véritables agents d'affaires.

Ces deux catégories diffèrent par des points nombreux et essentiels ; malgré cela, la jurisprudence et la plupart des auteurs les confondent et sont amenés à cette confusion par le fait que souvent, une seule et même personne remplit ces

(1) Cette qualification est impropre, elle devrait désigner régulièrement ceux qui achètent des fonds pour les revendre.

deux rôles et qu'ils ne la considèrent pas suivant le rôle rempli, mais en font un type unique, celui de l'intermédiaire. Pourtant, nous pouvons espérer une différenciation plus nette : plus les ventes se font fréquentes, plus la profession d'intermédiaire devient importante, plus elle tend à se spécialiser ; nous voyons, dans la pratique, les marchands de fonds abandonner de plus en plus aux agents d'affaires le soin de rédiger les actes, de faire les publications, recevoir les oppositions etc...

Nous nous occuperons successivement de l'intermédiaire marchand de fonds, et de l'intermédiaire agent d'affaires.

Intermédiaire marchand de fonds.

Les intermédiaires chargés de rapprocher le vendeur et l'acheteur, que nous désignerons sous le nom de marchands de fonds, sont de plus en plus nombreux ; parmi eux, on en rencontre qui sont des intermédiaires de hasard, sans être commerçants ; d'autres, de beaucoup les plus nombreux, qui, connaissant un commerce pour l'avoir exercé le plus souvent (vins et liqueurs, boulangerie, boucherie, etc...), font leur profession habituelle de rechercher vendeur et acheteur pour les rapprocher, ils sont commerçants ; d'autres enfin qui ont une installation, des bureaux, un service de renseignements, etc..., et, en général, joignent à la profession de marchands de fonds, celle d'agents d'affaires, ils sont commerçants à plus forte raison.

Les différences entre ces divers intermédiaires sont moins

grandes qu'on pourrait le supposer, nous les signalerons dans le cours de ce chapitre.

Quel est le rôle du marchand de fonds de commerce, sa qualité juridique, comment prouve-t-il sa qualité dans un cas donné, quels tribunaux vont juger les contestations qui peuvent se trouver soulevées, quel sera son salaire, quelle sera sa responsabilité.

A. — *Rôle. Qualité juridique.*

Un commerçant est désireux de vendre son fonds de commerce ; ne connaissant pas d'acheteur susceptible de s'intéresser à son affaire, il va trouver un marchand de fonds, lui donne ses conditions, c'est-à-dire lui indique le chiffre des affaires qu'il traite, le chiffre de ses bénéfices, le montant de son loyer, la durée de son bail, le prix qu'il demande, soit comptant, soit à terme, etc...

En possession de ces documents, le marchand de fonds lui indique dans ses relations un acheteur éventuel, ou s'occupe d'en découvrir un.

L'ordre des faits peut être renversé, le marchand de fonds peut recevoir la visite d'un acheteur d'abord, et lui indiquer des personnes qui l'ont chargé de vendre leur affaire, ou s'occuper d'en trouver qui lui donnent leur fonds à vendre.

Dès que le marchand de fonds a trouvé un vendeur et un acheteur susceptibles de s'entendre, il les met en rapports directs et la vente se conclut. Telle est la façon dont les choses se passent en général dans la pratique.

Dans ces conditions, quelle est la nature juridique du rôle du marchand de fonds ?

La jurisprudence et surtout la doctrine sont très partagées.

1^{re} opinion.

C'est un mandat donné par le propriétaire du fonds de commerce, de trouver un acquéreur.

Ce n'est pas notre avis, le mandataire traite en son nom, ou au nom du mandant pour le compte du mandant ; le marchand de fonds ne fait rien de semblable, il met les parties en rapports puis s'efface.

Pourtant c'est l'opinion la plus généralement admise par la jurisprudence (1), à la suite sans doute de la confusion presque constante dans les arrêts, entre le rôle de l'intermédiaire marchand de fonds et le rôle de l'intermédiaire rédacteur des actes.

Aussi la jurisprudence applique-t-elle le plus souvent les règles du mandat, nous serons donc contraints d'admettre cette théorie quand nous discuterons les arrêts.

2^e opinion.

C'est une commission.

Cette opinion ne se différencie de la première que par le caractère commercial ; il y a commission quand l'acte à accomplir est commercial (2) et que celui qui l'accomplit a l'habitude de l'accomplir, acquérant ainsi la qualité de commerçant par la répétition même de l'acte. Il y a mandat dans le cas contraire.

3^e opinion.

C'est un louage de services ; le vendeur utilise les services

(1) En ce sens, Lèbre, p. 225, n° 177.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. II, p. 366, n° 414, et p. 369, n° 415.

d'un marchand de fonds pour trouver un acheteur, et le paie en conséquence (1); nous ne le croyons pas : le louage de services suppose que des ordres sont donnés qui doivent être exécutés et établit ainsi une certaine dépendance de celui qui loue les services à l'égard de celui à qui ils sont loués (2). Nous ne rencontrons pas ce caractère dans notre cas.

4^e opinion.

C'est un courtage. En effet, le marchand de fonds de commerce a toutes les qualités du courtier, il rapproche les parties, puis il disparaît (3). Dans la pratique, on l'appelle souvent « courtier en fonds de commerce » (4). Cette opinion nous semble la meilleure.

Le marchand de fonds mettant en rapports vendeur et acheteur fait-il un acte de commerce?

Oui, si l'on voit là un courtage (art. 632. C. Co).

Non, si c'est un louage de services. Le louage de services n'a le caractère commercial que lorsque celui qui loue ses services spéculé en même temps sur ceux d'autrui (entreprises). Ce n'est pas le cas ici.

Si c'est un mandat, il faut distinguer : suivant la nature de l'objet auquel il s'applique, et la qualité de commerçant chez le mandataire, le mandat sera civil ou commercial (dans ce dernier cas, il se confond avec la commission); or, l'acte (vente d'un fonds de commerce) est commercial, le manda-

(1) En ce sens Pélissier, p. 101.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 225, p. 242.

(3) Boutaud et Chabrol, *ibidem*. *Contra*, Pélissier, p. 102.

(4) Seine, 27 août 1902, J. C. 53, 229.

taire ordinairement commerçant, aussi la jurisprudence voit-elle là un mandat commercial (1) ; mais le mandataire peut n'être pas commerçant, notamment si c'est un intermédiaire de hasard ; dans ce cas, le mandat sera civil (2).

B. — *Preuve.*

Comment se prouvera le fait qu'une personne a servi d'intermédiaire dans une vente de fonds de commerce ?

Si la vente est un acte commercial, tous les modes de preuve, y compris les simples présomptions, seront admis (3) (art. 109 C. Co.) sinon, les règles du droit civil, plus sévères, seront appliquées (art. 1315 C.C.)

C. — *Compétence.*

Les contestations qui pourraient naître seront de la compétence des tribunaux de commerce si l'acte de servir d'intermédiaire est commercial, sinon, l'intermédiaire ne pourra être actionné que devant les tribunaux civils.

D. — *Salaire.*

A quel salaire a droit le marchand de fonds ? Ce salaire est-il toujours dû ? Peut-il être réduit ? La créance du salaire est-elle privilégiée ?

(1) Paris, 7 février 1870, D. p. 1870, D. p. 1871, 2, 43. Co. Seine, 19 avril 1890, *Ann. dr. Co.* 1890, 164, *Contra*, Paris, 9 juin 1869, D. p. 1870, 2, 6.

(2) Co. Seine, 4 juillet 1874, J. C. 20, 374, Pélissier, p. 198 et suivantes.

(3) Req., 16 mai 1881, C. p. 1883, 1, 24. Paris, 6 mars 1902. J. C. 52-342.

a) Le mandat accompli par le marchand, de fonds, commercial le plus souvent, est toujours présumé salarié même en l'absence de convention expresse : la jurisprudence est unanime en ce sens (1).

Comment fixer ce salaire ? en le proportionnant au service rendu et surtout en se basant sur les usages admis (2) : les juges du fonds le fixeront (3).

Mais, le plus souvent, les marchands de fonds font signer au vendeur éventuel une convention dite « Bon de commission » par laquelle le vendeur s'oblige à leur payer telle somme (commission) si le fonds est vendu par leur intermédiaire ; quelquefois la commission est proportionnée au prix de vente, ; (4) ce salaire sera payé par le vendeur, non par l'acheteur, à moins de convention contraire rare en pratique (5).

Quant aux combinaisons plus ou moins honnêtes imaginées par des marchands de fonds véreux, la pratique en offre malheureusement de nombreux exemples ; M. Péli-

(1) Cass., 20 octobre 1895, S. 1897, 4, 194, Co. Nantes, 16 septembre 1905, Rec. Nantes, 1906, 1, 125 (intermédiaire de hasard).

(2) A Paris, la « commission » du marchand de fonds est en général de 5 0/0 sur le prix de vente.

(3) Cass., 20 octobre précité.

(4) Paris, 17 avril 1885, J. C. 35, 284.

(5) En réalité, si le vendeur en est tenu (obligation), c'est l'acquéreur qui le paie (contribution), si le vendeur n'avait pas eu à payer le marchand de fonds, il aurait le plus souvent fait bénéficier l'acquéreur d'autant. Nous voyons continuellement les choses se passer ainsi dans la pratique.

sier (1) en cite quelques-unes ; nous ne voyons pas l'utilité de nous étendre sur ce point.

En général, les marchands de fonds sérieux s'abstiennent de rien faire signer, et réclament ensuite la commission normale de 5 0/0 qui leur est versée le jour de la prise de possession.

b) Ce salaire est-il toujours dû ?

Si on admet que le salaire a pour cause les peines et démarches de l'intermédiaire, il doit être refusé au simple indicateur (2) ; il doit être versé quand la vente n'a pu être conclue sans que ce fut par la faute du marchand de fonds (3).

Ce n'est pas notre avis, le salaire a pour cause la conclusion de la vente ; tant mieux pour l'intermédiaire si ses démarches et ses peines ont été minimales ; en conséquence, nous accorderons la commission même au simple indicateur (4).

Cependant, il y aurait, croyons-nous, une certaine injustice à ne rien accorder à l'intermédiaire qui, grâce à ses peines, démarches, frais même, est arrivé à faire conclure la vente, alors que cette vente n'a pas été exécutée pour une raison indépendante de la volonté de l'intermédiaire, notamment dans le cas où la vente ayant été conclue sous

(1) Page 139 et suiv.

(2) Co. Seine, 16 février 1885, J. C. 35, 34.

(3) Seine, 27 août 1902, J. C. 53, 229, Paris, 31 janvier 1906, J. C. 55, 549, Co. Nantes, 20 juillet 1901. Rec. Nantes, 1902, 1, 32 (le propriétaire refuse l'acheteur comme locataire).

(4) Seine, 7 novembre 1906, G. Pal. 1906, 2, 349, il s'agit d'un cas de cession d'office ministériel. Paris, 24 avril 1904, loi du 5 juillet 1904.

condition résolutoire potestative (dédit), l'une des parties se prévaut de cette condition ; dans ce cas, il nous paraît juste d'accorder au marchand de fonds sa commission ; il a accompli son rôle, rien ne peut lui être reproché (1).

Si le prix de vente se trouve par la suite réduit, si même la vente est résolue, sans qu'aucune faute puisse être imputable à l'intermédiaire, sa commission lui sera due (2).

Lorsqu'un marchand de fonds indique une affaire qui, par la suite, est traitée grâce à un deuxième marchand de fonds (le cas est fréquent en pratique), la commission est due au premier, le second peut cependant se faire indemniser même par l'acquéreur qui l'a utilisé sachant que la commission irait au premier (3).

Nous examinerons plus loin le cas où la commission n'est pas due par suite d'une faute du marchand du fonds engageant sa responsabilité.

c) Le salaire peut-il être réduit ?

Cette question ne se pose qu'au cas où la commission a

(1) *Contra*, Tours, 27 mars 1902, loi du 10 juin 1902. Req. 15 décembre 1856, D. p. 1857, 1, 70, Paris, 8 décembre 1906. J. C. 56, 512, Paris, 2 juin 1888, J. C. 38, 409, la régie avait refusé d'admettre l'acheteur comme gérant d'un bureau de tabac annexé au fonds vendu.

En pratique, les marchands de fonds prennent la précaution de stipuler dans l'acte de dédit que leur commission sera entièrement prélevée sur le dédit au cas où il serait versé. Paris, 14 mars 1891, J. C. 41, 322.

(2) *Contra*, Paris, 10 février, 1874, J. C. 23, 425, si elle a été payée, elle pourra être répétée par le vendeur.

(3) Tr. Co. Rouen, 25 mai 1903, G. Pal. 1903, 2, 71. *Contra*, Paris, 9 juin 1869, D. p. 1870, 2, 6.

été fixée avant la vente. Dans ce cas, la commission stipulée devrait être entièrement payée.

Les conventions font la loi des parties (art. 1134 C.C.) ; mais, dans la pratique, beaucoup de marchands de fonds peu scrupuleux font signer au vendeur éventuel un « Bon de commission », leur accordant un salaire exagéré, exploitant ainsi le désir ou le besoin de vendre du commerçant ; cet abus est malheureusement fréquent, à telles enseignes que la jurisprudence s'en est émue et a pris sur elle de réduire la commission ainsi fixée, malgré l'art. 1134 C.C. (1).

Les plus anciens arrêts ne justifiaient par leur décision, les plus récents (2) se sont appuyés sur la théorie de la cause, « pour ce qui dépasse la rémunération proportionnée au service rendu, il n'y a pas de cause suffisante ».

Le tribunal voulait un résultat, il a trouvé une façon ingénieuse de le justifier ; bien entendu, il se réserve le pouvoir de déclarer le point où la rémunération cesse d'être proportionnée au service rendu.

Toutefois, si nous approuvons pleinement le résultat obtenu, nous trouvons faibles les raisons invoquées. La cause de la rémunération, c'est le service rendu ;

(1) Paris, 20 novembre 1894, D. p. 1895, 2, 447, Co. Seine, 19 juillet 1899, J. C. 50, 136, Co. Seine, 15 juin 1901, J. C. 52, 159, Co. Seine, 17 mai 1902, J. C. 55, 149. Paris, 14 janvier 1903, J. C. 52, 507. Co. Nantes, 4 novembre 1905, Rec. Nantes, 1906, 1, 149, *Contra*, Rouen, 28 février, 1902, *G. Pal.* 1902, 1, 595, Paris, 13 décembre 1894, D. p. 1895, 2, 445.

Pélissier, p. 146. Boutaud et Chabrol, p. 243 et suiv.

(2) Paris, 14 janvier 1903. Comm. Nantes, 4 novembre 1902, précité.

mais la valeur de ce service est librement estimée par la convention et cette liberté de l'estimation donne une cause suffisante à la commission stipulée quelle qu'elle soit.

d) *Le marchand de fonds pour le paiement de sa commission a-t-il un privilège, ou un droit de rétention ?*

Souvent, nous l'avons vu, dans la répartition amiable qui suit la vente, les créanciers opposants ne touchent qu'un prorata ; le marchand de fonds fera opposition pour la commission qui lui est due, et ne touchera, comme les autres, qu'un dividende ; il a cherché à éviter ce résultat de deux façons : en prétendant qu'il a un privilège, en prétendant exercer le droit de rétention.

a) *Privilège.* — Les marchands de fonds ont prétendu exercer le privilège de l'art. 2102 3° C.C. ; leur commission représente, disent-ils, des frais faits pour la conservation de la chose ; la vente a conservé aux créanciers du vendeur un gage, le fonds de commerce, qui aurait pu être déprécié dans la suite, et l'a conservé en le remplaçant par la créance du prix de vente. Les tribunaux, avec juste raison, ont repoussé cet argument ; c'est une singulière façon de conserver une chose que de la vendre, surtout quand le prix n'en représente pas forcément la valeur réelle et, n'étant pas payé comptant, ce qui arrive le plus souvent, peut n'être pas payé intégralement ; la rémunération ne doit donc pas être considérée comme une dépense faite pour la conservation d'un bien (1).

(1) Cass. civ. 13 mai 1884. S. 1885, 1, 344. Co. Seine, 6 décembre 1894, J. C. 45, 80. Paris, 31 janvier 1895, *Le Droit*, 21 juin 1895.

b) Droit de rétention — Fréquemment le marchand de fonds de commerce rédige les actes et reçoit les oppositions ; le prix est donc déposé entre ses mains ; il a donc prétendu retenir ce prix jusqu'à l'entier paiement de sa commission, invoquant l'article 1948 C. C. : « le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt ».

Or, la commission n'est pas due à raison du dépôt, mais, pour une cause antérieure ; aussi, les tribunaux ont-ils repoussé unanimement cette prétention (1).

En cas de faillite de vendeur, le marchand de fonds pourra être tenu de rapporter sa commission, si la cessation des paiements est antérieure à la vente (art. 447 C. Co.) (2).

Responsabilité.

L'intermédiaire, marchand de fonds, ne fait que rapprocher les parties, sans rien leur garantir ; l'opinion qui voit dans le marchand de fonds un courtier, n'a jamais prétendu en faire un courtier du croire ; le marchand de fonds ne répond que de sa faute ; notamment, il serait responsable vis-à-vis du

Paris, 11 mai 1896. J. F. 97-107. Co, Seine, 7 janvier 1898, J. C. 48, 303, Co. Seine, 2 mars 1899, J. C. 48, 533. Paris, 12 avril 1900, J. C. 49, 344, Lyon, 18 novembre 1902, J. F. 1903, 29. Boutaud et Chabrol, n° 249, p. 262. *Contra*, Pélissier, p. 172. Civ. Seine, 1^{er} mars 1887, Mon. Lyon, 17 août 1887.

(1) Cf. Les arrêts ci-dessus. Notamment Paris, 12 avril 1900. Paris, 3 novembre 1887. Co. Seine, 6 décembre 1894. En ce sens, Pélissier, p. 176. Boutaud et Chabrol, *loc. cit.*

(2) Paris, 21 décembre 1887, J. C. 37, 437, et 3 novembre 1887, J. C. *ibidem*, 369.

vendeur, si, pour aboutir, il dissimulait certaines particularités (bénéfices réduits pendant les dernières années d'exploitation, par exemple) que le vendeur lui avait recommandé de mettre en relief (1) s'il procure sciemment un acheteur insolvable (2).

Il serait responsable vis-à-vis de l'acquéreur par exemple en ne l'avertissant pas de la précarité du titre de vendeur ou de la revendication d'un précédent propriétaire dont il a connaissance (3).

Il n'a aucune responsabilité vis-à-vis des tiers.

Intermédiaire agent d'affaires.

Nous examinerons son rôle, sa qualité juridique, comment il la prouve, quel tribunal sera compétent dans les contestations qui peuvent survenir ; puis, son salaire et sa responsabilité.

Mais comme, presque toujours, la jurisprudence le confond avec le marchand de fonds, nous serons obligé de renvoyer aux arrêts concernant ces derniers ; nous nous étendrons spécialement sur les points par lesquels, marchand de fonds et agents d'affaires diffèrent le plus.

Rôle et qualité juridique.

C'est à l'acheteur qu'incombent les frais d'acte et autres

(1) Paris, 16 novembre 1898, J. C. 48, 438.

(2) Paris, 5 novembre 1901, *Le Droit*, 8 mars 1902.

(3) Seine, 8 juillet 1890, loi du 30 août, 1890.

frais accessoires de la vente (art. 1593 C. C.) ; le plus souvent il ne peut rédiger lui-même ces actes, faute de connaissances spéciales, ou de temps, il s'adresse à un agent d'affaires (1).

Ce dernier rédigera l'acte de vente, fera les publications, recevra les oppositions, touchera le prix, paiera les créanciers opposants, procédera à une répartition du prix s'il y a lieu et, souvent, s'occupera de faire enregistrer l'acte.

On a prétendu voir dans l'agent d'affaires un loueur de services (2) ; certains de ses actes (rédaction des actes), sont en effet un louage de services ; mais c'est surtout un mandataire, car il représente l'acheteur le plus souvent (publication, réception des oppositions, accomplissement des formalités d'enregistrement, encaissement du prix, paiement des créanciers) (3).

La jurisprudence en fait un mandataire, et même cette idée l'influence à tel point qu'elle donne la même qualification au marchand de fonds. L'agent d'affaires est un commerçant, à condition qu'il fasse des actes répétés de gérance d'affaires (l'art. 632 Co. C emploie le mot entreprise).

Preuves compétence.

La preuve de leur mission se fera par tous les moyens (art. 109 C. Co.) et les tribunaux de commerce seront compétents en cas de contestations.

(1) Ce sera rarement un notaire, le commerçant ne faisant en général les frais d'un acte authentique qu'au cas de nécessité absolue.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. 1, n° 140 bis, Pélissier, p. 108 et suivantes.

(3) Voir Pélissier, *loc. cit.*

Salaire.

L'agent d'affaires a droit à un salaire ; souvent, ce salaire sera fixé par la convention, dans le cas contraire, les difficultés seront moins fréquentes, les agents d'affaires ayant en général un tarif qu'ils appliqueront. Ce salaire, à la différence de celui des marchands de fonds, leur sera payé par l'acheteur (art. 1593 C. C.) ; il sera dû par le fait même qu'ils auront rédigé les actes, reçu les oppositions, etc...

Dans le cas où tous les créanciers ne seraient pas intégralement payés, ils ne toucheront qu'un prorata, aussi, ont-ils invoqué, comme les marchands de fonds, le privilège de l'art. 2103 3° et un droit de rétention, la jurisprudence le leur a refusé (1) ; ils ont même invoqué un privilège spécial, celui accordé par l'art. 657 C. Pr. à l'officier ministériel qui a procédé à une vente mobilière ; ce dernier peut retenir, sur le prix de cette vente, le montant de ses frais ; mais les agents d'affaires ne sont pas des officiers ministériels, et leur salaire ne constitue pas des frais taxés ; la jurisprudence a repoussé cette prétention (2).

Responsabilité.

C'est le point sur lequel ils diffèrent le plus des marchands de fonds ; à la différence de ces derniers, ils sont responsables vis-à-vis des tiers.

1° Responsabilité vis-à-vis du vendeur.

(1) Voir ci-dessus, p. 202.

(2) Cf. les arrêts précités notamment, Paris, 12 avril 1900. Voir Bouteaud et Chabrol, p. 260. Pélissier, p. 171.

Elle n'est qu'indirecte ; en tant qu'il agit comme mandataire de l'acheteur, il est responsable envers ce dernier seul ; en tant qu'il agit comme loueur de services, il est directement responsable envers le vendeur ; si, par exemple, il avait commis une faute dans la rédaction de l'acte préjudiciable au vendeur.

2° Responsabilité vis-à-vis de l'acheteur.

Il est responsable de ses fautes comme loueur de services (il a par exemple commis une erreur dans la rédaction des actes) et surtout de l'exécution de son mandat (1), faute par lui d'avoir suivi les instructions données par le mandant (2) ; si, par exemple, il répartit inégalement le prix entre les créanciers du vendeur il pourra être actionné par l'acheteur (3).

3° Responsabilité vis-à-vis des tiers.

S'il a commis des fautes dans l'exercice de son mandat, non seulement il en sera responsable vis-à-vis du mandataire mais aussi vis-à-vis des tiers que cette faute aura pu léser ; les tiers auront recours contre le mandant et le mandataire, ce qui les mettra souvent à l'abri de l'insolvabilité fréquente du mandant ; pour arriver à ce résultat évidemment contraire aux règles du mandat, les tribunaux ont considéré l'agent d'affaires comme un dépositaire ; si donc, il répartit le prix sans tenir compte des oppositions, sans l'assentiment de

(1) Co. Seine, 4 novembre 1871, J. C. 21, 522.

(2) Paris, 9 mai 1899, S. 1901, 2, 5 (il n'est pas responsable s'il a suivi ponctuellement ses instructions).

(3) Co. Seine, 16 décembre 1882, J. C. 92, 437.

toutes les parties intéressées, vendeur, acheteur, créanciers, il est responsable vis-à-vis d'elles (1) (art. 1960 C. C.)

Il n'aura aucun recours contre les créanciers payés indûment (2) ; il réclamera seulement au vendeur ce qu'il a payé en son acquit (ou produira à sa faillite) (3).

Il nous paraîtrait plus équitable de lui permettre de réclamer, aux créanciers indûment payés, la différence entre ce qu'ils ont touché et ce qu'ils auraient dû toucher.

(1) Co. Seine, 16 décembre 1882, précité. Boutaud et Chabrol, p. 248, n° 234.

(2) *Ibidem*, Boutaud et Chabrol, p. 248, n° 234.

(3) Paris, 27 décembre 1893, J. C. 43, 1, 777, et G. Pal. 1894, 1, 172, Boutaud et Chabrol, p. 248, n° 234.

DEUXIÈME PARTIE

Enregistrement.

Avant la loi du 28 février 1872, la vente d'un fonds de commerce n'était soumise à aucun droit d'enregistrement ; on se contentait d'appliquer les termes généraux de la loi du 22 Frimaire an VII, la portion de prix afférente aux marchandises, au matériel, était soumise à un droit de 2 0/0 (art. 69, paragraphe 5, N° 1), l'achalandage était soumis au même droit, ou seulement à un droit de 1 0/0 si on le considérait comme une créance⁽¹⁾ (art. 69, paragraphe 3, N° 3),

Mais ces droits n'étaient que des droits d'acte ; sauf le cas, rare d'ailleurs, où l'acte de vente était authentique, il n'y avait ni délai de rigueur pour l'enregistrement, ni amende ; la seule sanction consistait dans l'interdiction de produire l'acte en justice, sans l'avoir, au préalable, soumis à la formalité de l'enregistrement. De tout cela, il résultait que la plupart des ventes de fonds de commerce échappaient à l'application des droits.

(1) Lyon-Caen et Renault, n° 254, p. 210, Catalan, p. 315 et suivantes.

Après la guerre de 1870, de nouveaux impôts devinrent nécessaires ; on songea à imposer les mutations de fonds de commerce, ainsi fut votée la loi du 28 février 1872.

Cette loi présente une innovation, reconnaissant que les ventes de fonds de commerce étaient souvent bien supérieures comme importance aux mutations immobilières, elle les assimila à ces dernières ; notamment, elle établit le droit exigible, non par le fait de la présentation de l'acte à l'enregistrement (droit d'acte) (art. 8), mais par le fait même de la transmission ; elle fixa un délai pour l'enregistrement et édicta des pénalités (art. 8.) La loi de 1872 soumet au droit proportionnel de 2 0/0 toute mutation de fonds de commerce à titre onéreux (1). Quant aux marchandises neuves garnissant le fonds, elles ne sont assujetties par exception qu'à un droit de 0 fr 50 0/0, sous certaines conditions (2).

Sont donc soumises à la loi de 1872 (art. 7), la vente de fonds de commerce, l'échange, le partage avec soulte, etc... que ces conventions soient écrites ou même verbales (art. 8).

Une vente, même sous condition résolutoire, donne lieu au paiement des droits (3), par conséquent, lorsque les parties

(1) Le droit est à augmenter des doubles décimes $\frac{1}{2}$, et pour les fonds de commerce exploités à Paris, une taxe additionnelle de 1 fr. 25 0/0, en remplacement des droits d'octroi sur les boissons hygiéniques, loi du 20 décembre 1900, art. 10, 3^o, soit 2 0/0 + 0 fr. 50 0/0 + 1 fr. 25 0/0 = 3 fr. 75 0/0 à Paris.

(2) Plus les doubles décimes $\frac{1}{2}$, ce droit est augmenté de 0 fr. 32 0/0 pour les marchandises garnissant les fonds de commerce situés à Paris, *ibidem*, 4^o.

(3) Une vente sous condition suspensive n'ayant d'existence que

signent un acte semblable (dédit), les droits sont dus dès la signature de l'acte ; en pratique, les parties tiennent le dédit secret et font enregistrer l'acte de vente définitif signé le jour de la prise de possession.

On s'est demandé si la cession de la gérance d'un bureau de tabac donnait lieu à un droit d'enregistrement. Dans les ventes de débit de tabac, annexé à un commerce quelconque, on prit l'habitude de faire deux actes : un pour le fonds de commerce, un pour la cession du bureau de tabac ; autrement, l'enregistrement aurait fait payer sur le tout, le droit étant dû au trésor par le seul fait de l'existence de l'acte, l'administration n'étant pas juge de la validité des actes ne recherche pas les intentions secrètes des parties, ni la valeur obligatoire des actes présentés à l'enregistrement (1).

Quant au prix, une partie figura dans le premier acte, représentant la valeur du fonds de commerce ; l'autre (en général la plus forte) figura dans le deuxième acte, représentant non pas un prix, mais une indemnité pour les démarches du vendeur, qui avaient abouti à faire donner la gérance à son acheteur. Le gérant d'un débit de tabac n'étant pas un commerçant mais un préposé de l'Etat, le débit de tabac n'étant pas un fonds de commerce (2), sa cession, a-t-on dit, ne tombe

postérieurement à l'arrivée de la condition, c'est à ce moment seulement que les droits seront dus. Quand un fonds est rétrocédé par l'acheteur au vendeur, cette seconde vente est considérée comme indépendante de la première et tombe comme elle sous l'application de la loi de 1872, Civ. Seine, 25 octobre 1901, D. p. 1902, 5, 311.

(1) Civ. Seine, 6 juillet 1900, D. p. 1900, 5, 294.

(2) Voir pages 83 et suiv.

pas sous l'application de la loi du 28 février 1872, mais sous la loi de frimaire an VII qui soumet au droit 2 0/0 les cessions d'objets mobiliers, ce droit ayant été réduit à un droit fixe de 2 francs quand la cession a été faite par acte sous-seing privé, dans un but commercial (1); ce droit ayant été ensuite augmenté de moitié (2), on a prétendu que le deuxième acte n'était assujéti qu'à un droit fixe de 3 francs. La Cour de cassation a relevé avec raison une contradiction dans la prétention des demandeurs, faisant de la cession de gérance un acte civil, mais le déclarant commercial pour bénéficier de l'art. 22 de la loi du 11 juin 1859.

Elle a donc déclaré la loi de frimaire seule applicable (droit proportionnel de 2 0/0 (3) ; mais sous l'empire de cette loi, le droit d'enregistrement n'est applicable que si l'acte est présenté en justice ; aussi, le ministère des finances n'accepte pas de gérant d'un débit de tabacs s'il n'a pas présenté, enregistré, l'acte de la cession que lui a consenti son prédécesseur (4).

Sur quoi porte ce droit de 2 0/0 ?

Sur le prix du fonds, sans tenir compte des éléments divers qui le composent, et quand bien même ces éléments ne donneraient lieu à aucun droit de mutation s'ils étaient cédés

(1) Art. 22, loi du 11 juin 1859.

(2) Loi 28 fév. 1872, art. 4.

(3) Req. 13 mars 1905, Pand. Franc. 1905, 6. 35.

(4) Les gérants de débits de tabacs parisiens bénéficient ainsi de 1 fr. 25 0/0, la loi du 21 décembre 1900 précité ne s'appliquant qu'au fonds de commerce.

indépendamment du fonds de commerce (1) ; l'administration de l'enregistrement considère le fonds de commerce comme une universalité juridique où se fondent les éléments qui la composent ; elle se reconnaît le droit de rattacher à la cession du fonds, la cession séparée d'un des éléments du fonds (droit au bail par exemple) et de réclamer sur le tout le droit de 2 0/0. Cependant, cette cession séparée pourra souvent se trouver indépendante de la cession du fonds. Ce sera une question que trancheront les juges du fait.

Il peut y avoir aussi cession de plusieurs éléments du fonds sans qu'il y ait cession du fonds ; nous croyons qu'il n'y aura cession de fonds que quand l'achalandage sera cédé (2).

La jurisprudence paraît être de cet avis en général,

Quant au droit réduit de 0 fr. 50 0/0 sur les marchandises garnissant le fonds, il nous semble dicté par une raison d'intérêt général : le législateur a voulu empêcher de dégarnir les fonds de commerce lorsqu'on les vend. Ce droit porte sur les marchandises neuves garnissant le fonds et destinées à la vente ; on l'étend, en pratique, aux charbons, huiles, graisses, etc... qui servent à l'exploitation du fonds (3), à tort selon nous, ce ne sont pas là des marchandises, mais du matériel ; le

(1) Notamment la portion du prix afférente à la cession d'une licence (droit d'exploiter un brevet en certains lieux) ne doit pas être déduite en vue de la perception des droits. Une cession de licence ne serait passible que d'un droit proportionnel de 0 fr. 20 0/0.

Voir Cass. civ. 12 juillet 1897. S. 1898, 1, 52 et note Wahl.

(2) Voir p. 62.

(3) Civ. Saint-Omer, 27 juillet 1899, D. p. 1900, 5, 294.

prix du matériel ne doit pas être distrait du prix du fonds pour le calcul des droits d'enregistrement (1).

Pour que ce droit de 0 fr. 50 0/0 soit applicable, il faut une vente de fonds, un bail ne suffirait pas (2), la vente des marchandises doit être concomitante de la vente du fonds de commerce (3); il faut, en outre, un prix séparé pour elles, et un état estimatif article par article (art. 7 de la loi de 1872) sinon le tarif régulier de 2 0/0 reste applicable (4).

Les frais d'enregistrement sont supportés par l'acheteur, sauf convention contraire (art. 1593 C.C.); mais le vendeur en est tenu solidairement avec lui (art. 8 de la loi de 1872 et la loi du 23 août 1871, art. 12 et 14).

Pour payer ces droits, l'acquéreur a trois mois (art. 8 de la loi de 1872) (5).

Ces trois mois commencent à courir dès le lendemain de la date de l'acte de la mutation verbale (6).

(1) Seine, 5 novembre 1892. *Répertoire périodique de l'Enregistrement*, n° 7999.

(2) Tr. civ. Joigny, 4 février 1903, D. p. 1904, 5, 288.

(3) Civ. Seine, 15 mars 1878, *Répertoire périodique de l'Enregistrement*, n° 4952.

(4) Civ. Seine, 4 avril 1903, D. p. 1904, 5, 288.

(5) Au cas de cession par acte authentique, ce délai serait réduit à 10 ou 15 jours (loi du 22 frimaire an VII); rappelons que l'intermédiaire d'un notaire dans une vente de fonds de commerce est rare en pratique.

(6) Solution de l'administration de l'enregistrement, 21 mars 1887. Si la vente se trouve résolue dans les trois mois, sans que les droits d'enregistrement aient été payés, les parties en général tiennent la vente secrète ou rédigent un acte de vente sous condition suspensive pour les besoins de la cause. Le trésor se trouve ainsi lésé d'un double droit d'enregistrement.

Tout retard est passible d'une amende d'au moins cinquante francs (art. 8 de la loi de 1872 et art. 14 de la loi de 1871), toute dissimulation, d'une amende égale au quart de la somme dissimulée (indépendamment du paiement des droits non payés sur cette somme) (art. 12 de la loi de 1871).

La preuve de la mutation est relativement facile à obtenir ; l'article 9 de la loi de 1872 cite quelques moyens de l'établir (actes révélant l'existence de la mutation et destinés à la rendre publique, insertion au rôle des contributions au nom du nouveau possesseur, etc...), mais n'est pas limitatif (1). Si le prix du loyer cédé est supérieur au loyer dû au propriétaire, la différence peut être considérée comme un prix de vente (2); et, dans certains cas, l'administration pourrait voir là, avec raison, une fraude.

Les mutations verbales sont plus souvent frauduleuses que celles écrites, aussi l'administration de l'enregistrement demande-t-elle au vendeur son acte s'il en a un ; et le compare au procès-verbal de la déclaration orale (3).

La preuve de la dissimulation est plus difficile à établir, tous les modes de preuve sont bons.

Le serment ne peut cependant être déféré pendant plus de dix ans par l'administration, la preuve testimoniale ne peut être admise après dix ans (art. 13 de la loi de 1871) ; en pratique, les dissimulations sont très fréquentes ; comme la plupart du temps les parties ont soin de détruire les écrits

(1) Civ. Seine, 3 novembre 1900, P. F. 1903, 6, 20.

(2) Civ. Seine, 12 février 1884, D. p. 1884, 5, 103.

(3) Civ. Seine, 19 juin 1903, D. p. 1904, 5, 287.

qui l'établiraient (notamment le dédit) elles sont généralement impunies.

Dans le cas où le prix est versé partie comptant, partie en billets, elles portent sur la portion du prix versée comptant, sans quoi, l'acquéreur pourrait refuser le paiement des billets qui se trouvent souscrits sans cause pouvant être prouvée.

Ces fraudes se retournent le plus souvent contre leur auteur, quand il a à produire son acte en vue de toucher une indemnité d'expropriation, d'incendie, etc... ; dans ces deux cas, l'indemnité est calculée en prenant pour base le prix porté dans l'acte.

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

PROJETS DE RÉGLEMENTATION DE LA VENTE DE FONDS DE COMMERCE

A l'époque où parut le Code civil, la vente de fonds de commerce était relativement rare ; il n'est donc pas étonnant que le Code n'ait pas songé à s'en occuper d'une façon spéciale. Depuis, les ventes sont devenues très fréquentes, et le commerce s'est plaint amèrement des lacunes qui existaient dans nos lois, lacunes qu'une jurisprudence inconstante ne parvenait pas à combler ; des usages se sont établis, mais leur valeur a été contestée.

Ce furent principalement les créanciers du vendeur qui se plaignirent, ils se trouvaient le plus souvent, par suite de la vente, dans l'impossibilité d'exercer leurs droits contre leur débiteur qui avait touché son prix ; le vendeur lui-même se voyait privé de son privilège et de son action résolutoire, refusés bien souvent contre un tiers acquéreur de bonne foi. Aussi, grâce à l'initiative parlementaire, à celle des sénateurs en particulier, des lois nouvelles furent-elles proposées.

Ce fut d'abord la proposition de loi de MM. Mazeau
Cotillon,

et Dietz-Monin, déposée le 16 juillet 1885 sur le bureau du Sénat (1) ; elle eut surtout pour objet de réglementer l'usage de publier les ventes de fonds de commerce, et de lui donner une sanction ; elle rendait la publication obligatoire, laissant au créancier quinze jours francs pour former opposition au paiement du prix. L'acquéreur qui, faute de publication ou avant l'expiration du délai de quinze jours, avait payé son vendeur, n'était pas libéré à l'égard des tiers.

La plupart des Chambres de commerce de France y furent favorables (trente-cinq sur trente-huit), mais on critiqua le délai de quinze jours, trop court pour les créanciers éloignés, la publicité donnée à des ventes d'un caractère privé, la transformation de liquidations amiables en liquidations judiciaires plus coûteuses.

Un publiciste, M. E. Muscat (2), objecta avec raison, croyons-nous, que la proposition était incomplète, que les tiers n'étaient pas protégés contre une vente en bloc d'un ou plusieurs éléments du fonds de commerce (marchandises, droit au bail, par exemple,) qu'enfin, aucun remède n'était porté à une dissimulation du prix, due à une entente frauduleuse du vendeur et de l'acquéreur.

Il demandait, comme sanction, la nullité de la vente.

Malgré ses lacunes, la proposition Mazeau et Dietz-Monin était excellente ; malheureusement, elle n'eut aucune suite.

Le 24 mars 1902, M. Gervais déposait sur le bureau

(1) *Journal Officiel*. Documents parlementaires. Sénat, séance du 16 juillet 1885, *Annexe*, n° 339, p. 325.

(2) *La Loi*, n° du 19 août 1885.

de la Chambre, une proposition de loi ayant pour but, comme la proposition Mazeau et Dietz-Monin, de rendre obligatoire la publication des ventes de fonds de commerce (1); mais elle réduisait à dix jours le délai pour former opposition et donnait comme sanction au défaut de publication ou au paiement anticipé, la nullité de la vente (article 14); de plus, elle remédiait aux inconvénients résultant, pour les créanciers, d'une dissimulation du prix en les autorisant à former une surenchère (art. 3).

La sanction était peut-être trop absolue et répondait mal au but désiré. Ce que veut le créancier, c'est toucher sa créance la nullité de la vente lui garde son gage, le fonds, mais la possibilité d'actionner l'acquéreur en paiement, tout en lui conservant son gage, l'augmente de tout l'actif de l'acquéreur.

Cette proposition fut renvoyée à la commission de réforme judiciaire et de législation civile, et on n'en parla plus.

Mais le commerce se plaignait de plus en plus; les fraudes, les procès se multipliaient; des projets dus à l'initiative privée paraissaient dans les journaux (2)

Enfin, le 21 mars 1905, M. Cordelet, sénateur, déposait sur le bureau du Sénat une proposition de loi relative à la vente et au nantissement de fonds de commerce (3).

(1) *Journal Officiel*, séance du 24 mars 1902. *Doc. Parl.*, Chambre, 1902, p. 371. *Annexe.*, 3138.

(2) Voyez notamment un projet signé Martial Bergeron dans la loi du 30 octobre 1903.

(3) Nous ne nous occuperons que de la partie de la proposition relative à la vente.

Prise en considération, cette proposition fut votée par le Sénat dans les séances des 16, 23 et 24 mai 1907 (1), mais donnait lieu à une seconde délibération ; la commission elabora un nouveau texte, peu différent du précédent, élargissant cependant davantage la compétence du tribunal de commerce. Ce nouveau texte fut voté dans les séances des 6 et 13 mars 1908 (2).

Nous n'avons pas l'intention de publier *in extenso* la proposition Cordelet, ni d'analyser les débats parlementaires ; nous nous bornerons à en indiquer les points principaux, laissant de côté les questions n'intéressant pas directement notre sujet (nantissement, art. 8 à 13, apport des fonds de commerce en société, art. 7)

1° Publications et oppositions.

Reprenant les conclusions de MM. Mazeau et Dietz-Monin, la proposition décide (art. 3) (3). que dans la quinzaine de sa date, la vente devra être publiée dans les journaux d'annonces légales et renouvelée du huitième au quinzième jour après cette insertion ; dans les dix jours, au plus tard, suivant la deuxième insertion, les créanciers (que leur créance soit ou non exigible), pourront former opposition au paiement du prix. Faute de publications ou d'observation du délai de dix jours pour verser le prix, l'acquéreur restera tenu à

(1) Voir le *Journal Officiel* des 17, 24 et 25 mai.

(2) Voir le *Journal Officiel* des 7 et 14 mars.

(3) Nouvelle rédaction présentée le 7 février 1908 par la commission et votée les 6 et 13 mars. Tous les numéros post-cités, se réfèrent à cette rédaction.

l'égard des tiers (art. 3). Faute d'entente entre les créanciers, le prix devra être versé à la caisse des dépôts et consignations (art 6.)

2° Privilège du vendeur et action résolutoire.

Ce qui empêche la survie du privilège du vendeur et de l'action résolutoire, en cas de faillite, et les rend impossibles, d'après une certaine jurisprudence, contre le tiers acquéreur de bonne foi, c'est leur clandestinité.

La proposition les fait inscrire sur un registre public (1) comme les nantissements (2) et les rend opposables à la faillite (art. 2) et aux tiers acquéreurs de bonne foi (art. 2 et 22).

Enfin, pour les marchandises et le matériel sont établis des prix distincts dont le paiement est garanti par le privilège du vendeur qui s'exercera sur les marchandises ou sur le matériel suivant qu'il garantit le paiement de l'un ou de l'autre.

Les marchandises sont donc soumises au privilège du vendeur ; c'est évidemment favoriser le vendeur et lui donner les moyens de faire à son acquéreur un crédit plus large.

On facilite ainsi l'accès de la carrière commerciale aux petits capitaux, c'est exact. Mais en accordant au vendeur ces

(1) La rédaction de 1905 (art. 1^{er}) portait que l'art. 448 ne s'appliquerait pas au privilège du vendeur. Voir Lyon-Caen, *Revue critique*, 1905, p. 504 ; il n'y avait pas à cela de raison valable ; le paragraphe a été supprimé dans la dernière rédaction.

(2) Loi du 1^{er} mars 1898.

garanties, on les enlève aux créanciers chirographaires ; les fournisseurs seront donc moins portés à faire crédit à l'acquéreur du fonds, ce qui peut lui causer un énorme préjudice, empêcher son commerce de prospérer.

La proposition Cordelet n'a vu qu'un côté de l'intérêt de l'acheteur ; il eut mieux valu, pour ce dernier, qu'elle déclarât les marchandises non comprises dans le privilège du vendeur.

3° *Surenchère.*

S'inspirant de la proposition Gervais, le projet cherche à éviter les dissimulations de prix au moyen d'une surenchère (art. 5).

Pendant les vingt jours qui suivent la seconde insertion, tout créancier ayant formé opposition (1) peut prendre communication de l'acte de vente et des oppositions ; et, si le prix n'est pas suffisant, pour désintéresser les créanciers inscrits et opposants, former une surenchère d'un sixième du prix.

La surenchère a des inconvénients, il arrive souvent qu'un vendeur cédant à un acheteur intéressant, travailleur, mais peu riche, lui consente un prix plus réduit, surtout un délai plus grand pour le paiement ; un pareil acquéreur pourra être évincé par un surenchérisseur.

Dans un autre ordre d'idées, le créancier hésitera souvent à surenchérir, craignant de rester adjudicataire d'un fonds qu'il lui sera difficile, coûteux, sinon impossible d'exploiter lui-même ou de faire exploiter.

(1) Voir à ce sujet la séance du 23 mai 1907.

Mais ces inconvénients de la surenchère sont peu de chose relativement à ses avantages. Une vente pour un prix minime, accompagnée d'une remise d'argent « sous la table », ne peut être attaquée que par l'art. 1167 C. C. ou par l'art. 447 C. Co. ; dans ces deux cas, le créancier doit prouver la fraude, ce qui n'est pas toujours facile ; avec la surenchère il n'a aucune preuve semblable à donner ; le simple fait que le prix est insuffisant pour désintéresser les créanciers inscrits et opposants suffit.

4° Purge.

Le privilège du vendeur et du créancier gagiste, ainsi que l'action résolutoire du vendeur suivent le fonds en quelques mains qu'il passe ; aussi, pour garantir l'acheteur contre les poursuites des créanciers inscrits, la proposition organise-t-elle une procédure de purge (art. 22) avec faculté pour les créanciers inscrits de surenchérir d'un dixième (art 23).

5° Enfin, la proposition fixe quelques points douteux :

— Exigibilité du prix restant dû, au cas où le fonds serait déplacé sans l'autorisation des créanciers inscrits ; au cas où le fonds serait donné en nantissement (art. 13).

— Possibilité pour le créancier, le débiteur ou le tribunal, au cas de poursuite, de faire joindre le fonds à ses éléments saisis ; ce qui empêche le fonds d'être déprécié par la disparition de ses éléments (art. 15 et 18).

Nous ne pouvons qu'approuver la proposition Cordelet ; elle empêchera des fraudes, malheureusement fréquentes, et fixera nombre de points dont l'incertitude était, sans aucun doute, préjudiciable au commerce.

Ne pourrait-on pas, cependant, obtenir un résultat identique, sinon préférable, par un procédé plus simple ? en déclarant qu'à l'avenir, créances, dettes et contrats feront partie du fonds qu'ils suivront dans ses diverses mutations ; les mutations seraient publiées, et la formalité des oppositions deviendrait inutile, les créanciers du vendeur acquérant un débiteur nouveau, en principe, sans perdre l'ancien ; quant aux fonds criblés de dettes, ils ne pourraient se vendre ; aussi, l'acquéreur pourrait-il stipuler qu'il achète le fonds sans ses créances ni ses dettes ; cette clause devrait alors être publiée, et les créanciers pourraient surenchérir sur le prix.

C'est la théorie du Code de commerce allemand (sauf cependant la surenchère).

Quant au privilège du vendeur, et à l'action résolutoire, ils seraient possibles contre les acquéreurs. Cette théorie allemande légèrement modifiée est plus simple que la proposition Cordelet, et elle n'en est pas moins féconde en bons résultats, au contraire.

Les intérêts du vendeur ne sont pas lésés, il conserve le privilège et l'action résolutoire, et même, il se trouve délivré du souci du paiement de ses dettes commerciales ou de l'accomplissement des contrats par lui passés. (1) Ces obligations passent à son successeur ; il en reste, il est vrai, garant mais cette solution est, pour lui, bien préférable ; la proposition Cordelet n'arrive pas à un semblable résultat.

(1) Voir pp. 95 et 156.

L'acquéreur se trouve, lui aussi, avantagé ; il bénéficie toujours des contrats passés par le vendeur avec des tiers ; il a moins à redouter que le vendeur, entre la vente et la prise de possession, vende à un tiers, matériel ou marchandises, il retrouverait la créance de ce prix dans le fonds (1) ; l'acquéreur peut être poursuivi par les tiers pour les dettes de son vendeur, mais il les aura connues par les livres de commerce, sinon, la vente pourra être annulée comme dolosive.

Quant aux tiers créanciers du vendeur, leur situation sera préférable à celle que leur fait la proposition Cordelet : ils auront deux débiteurs au lieu d'un et le fonds restera leur gage ; ajoutez que l'exercice de l'action résolutoire par le vendeur ne les atteindra pas, le vendeur reprendra son fonds grevé des dettes contractées depuis la vente ; c'est peut-être rigoureux pour le vendeur, mais ce dernier peut demander de plus forts dommages et intérêts (pour lesquels il se paiera souvent en conservant les acomptes reçus (2) et conserve son privilège ; cette solution est de nature à augmenter le crédit accordé à l'acquéreur, ce qui est très intéressant au point de vue du développement du commerce.

Mais, aux yeux du législateur, ce système a un très grand défaut, il se base sur une conception du fonds qui n'est pas celle généralement admise en France ; au lieu de faire du fonds une universalité de fait, il en fait une universalité juridique, objet et sujet de droits ; une telle conception n'est pas contraire à nos lois ; le fonds n'a pas un patrimoine séparé

(1) Voir p. 144. En supposant le prix non payé comptant.

(2) Voir p. 127.

de celui de son propriétaire, les créanciers du fonds ont pour gage non seulement le fonds, mais encore tous les biens du propriétaire du fonds, et l'art. 2092 C. civ. est parfaitement respecté (1), mais elle est contraire à nos habitudes ; elle tend à considérer le fonds comme dominant la personne de son propriétaire. Pourtant, un examen attentif nous prouve que nous allons à cette conception, dans laquelle la personne du propriétaire du fonds n'a que la seconde place ; nous admettons que les médailles attribuées *au fonds* le suivent (2), que les engagements de commis (3), d'ouvriers (4), d'acteurs (5) sont faits avec le *fonds* et profitent à l'acquéreur ; nous admettons qu'un commerçant ayant vendu des denrées falsifiées et ayant été condamné à l'apposition d'une affiche sur sa devanture, cette affiche soit apposée malgré la vente du fonds ; or, les peines sont personnelles, c'est donc le *fonds* qui a été condamné en réalité (6) ; nous admettons surtout que l'interdiction faite au vendeur d'un fonds de se rétablir profite aux acquéreurs successifs, c'est donc qu'elle est faite dans l'intérêt du *fonds* plus que dans celui du vendeur (7). Enfin, dans la pratique, la clientèle s'adresse de plus en plus au *fonds*, non à son propriétaire qu'elle ignore en fait, surtout si la maison est de quelque importance (8).

(1) Voir ch. II, préliminaires, p. 35.

(2) Voir p. 73.

(3) Voir p. 78.

(4) Voir p. 79.

(5) Voir p. 79.

(6) Voir p. 97.

(7) Voir pp. 108 et 109.

(8) Voir p. 63.

Il n'existe pas de théorie du fonds de commerce idéale, de même qu'il n'existe pas de loi idéale. La théorie qui inspire une loi doit varier avec la civilisation, avec les époques ; il ne sert à rien d'émettre une théorie, si elle n'est pas inspirée par les idées générales qui font mouvoir les hommes d'une époque, elle restera lettre morte ; les lois contraire aux mœurs ne peuvent subsister (qu'on se rappelle les lois caducaires à Rome). La seule façon de gouverner est d'étudier la civilisation, de comprendre les idées générales qui la font évoluer, de préciser ces idées dans une théorie, de les formuler par une loi, de façon à « canaliser » l'opinion ; tout autre procédé ne pourra rien créer de durable.

Nous ne pouvons dire que la théorie du fonds de commerce, universalité de fait, soit mauvaise en elle-même, nous croyons que cette théorie s'adapte de moins en moins à notre civilisation, et nous voyons le moment où elle ne vaudra plus, et où la conception du fonds, universalité de droit, ayant ses créances et ses dettes, sera celle qui conviendra le mieux. Espérons qu'à ce moment, le législateur la précisera.

Vu, le Président et Doyen,
Ch. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
Pour le vice-recteur,
l'inspecteur d'Académie
V. BONNARIC.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 8 vol., in-8°, 5^e édit., Paris, 1897.
- BAUDRY-LACANTINIERE. — *Précis de droit civil*, 7^e édit., 3 vol., in-8°, Paris, 1898-1900.
- BAYART P. — *Etude de la notion du fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1906.
- BEKKER. — *Zweckvermoegeu, insbesondere Peculium, Handelsvermoegeu à actiengesellschaften*. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, t. IV, 1861.
- BEUDANT Ch. — *Cours de droit civil français. Sûretés personnelles et réelles*, 2 vol., in-8°, Paris, 1900.
- BOISTEL A. — *Précis de droit commercial*, 1 vol., in-8°, 3^e édit., Paris, 1884.
- BOTTELIN Emile. — *Des restrictions au principe de la liberté du commerce et de l'industrie en matière de cession de fonds de commerce*, Thèse, Nancy, 1906.
- BOUTAUD et CHABROL. — *Traité général des fonds de commerce et de l'industrie*, 1 vol., in-8°, Paris, 1905.
- CALMÈLS E. — *Des noms et marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale*, 1 vol., in-8°, Paris, 1858.
- CATALAN Paul. — *De la condition juridique des fonds de commerce*, Thèse, Montpellier, 1899.
- CLOS. — *L'Hypothèque des choses incorporelles en droit romain*, Thèse, Paris, 1886.
- COSACK Konrad. — *Lehrbuch des Handelsrecht*, 1 vol., in-8°, Stuttgart, 1898, 4^e édit., 6^e édit., traduite en français par L. Mis, 1 vol., in-8°, Paris, 1904.

- DAREMBERG et SAGLIO. — *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, Paris, Hachette, 1876-1896, 7 vol., in-folio.
- DEMANGEAT et BRAVARD-VEYRIERES, *Traité de droit commercial*, 6 vol., in-8°, 3^e édit., Paris, 1892.
- EHRENBERG. — *Über das Wesen der Firma*, Zeitschrift für das Handelsrecht, t. XXVIII, p. 25 et suiv.
- ENDEMANN (Wilhelm). — *Handbuch des deutschen Handels-See- und Wechselrechts*, 4 vol., in-8°, Leipzig, 1881.
- *Das deutsche Handelsrecht systematisch dargestellt*, 4^e Auflage, 1 vol., in-8°, Heidelberg, 1887.
- GARSONNET. — *Traité élémentaire des voies d'exécution*, 1 vol., in-12°, 3^e édit., revue par L. Gosserand, Paris, 1900.
- GAUDEMET Eug. — *Etude sur le transport de dettes à titre particulier* 1 vol., in-8°, Paris, 1898.
- GOMBEAUX Ed. — *La notion juridique du fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1901.
- GUILLOUARD. — *Traités de la vente et de l'échange*, 2 vol., in-8°, 2^e édit., Paris, 1890, 1891.
- HARTMANN. — Introduction historique à l'ouvrage de G. Lèbre, *Traité pratique et théorique des fonds de commerce* (voir G. Lèbre).
- HUBERT Frédéric. — *Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, Thèse, Poitiers, 1899.
- LAURENT E. — *Principes du droit civil*, 3^e édit., 33 vol., in-8°, Paris et Bruxelles, 1878.
- LÈBRE G. — *Traité pratique et théorique des fonds de commerce*, 1 vol., in-8°, Paris, 1887.
- LEVASSEUR E. — *Histoire des classes ouvrières en France depuis Jules César jusqu'à la Révolution*, 2 vol., in-8°, 2^e édit., 1900, 1901.
- LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, 8 vol. in-8° et spécialement tome I, Paris, 1906, 4^e édit. Tome III, Paris, 1906, 4^e édit.
- MERLIN. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e édit., Bruxelles, 1838, 36 vol., in-8°.
- MOISSENET. — *Etude sur le droit de suite en matière de privilèges mobiliers*, Thèse, Dijon, 1901.
- NANTET Ed. — *Des fonds de commerce, leur mise en gage, leur vente*, Thèse, Paris, 1899.
- OLIVIER Georges. — *Des cessions volontaires et à titre onéreux de fonds de commerce*, Thèse, Dijon, 1899.

- PELISSIER Aug. — *Des conditions de validité d'une vente de fonds de commerce, et du rôle de l'intermédiaire dans cette vente*, Thèse, Paris, 1898.
- PLANIOI Marcel. — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., in-8°, 3^e édit., Paris, 1904.
- POUILLET Eug. — *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres*, 1 vol., in-8°, Paris, 1906, 5^e édit.
- REICHENBACH Bernard. — *De la cession d'une exploitation théâtrale*, Thèse, Paris, 1906.
- RENDU A. — *Traité pratique de droit industriel*, 1 vol., in-8°, Paris, 1855.
- *Traité pratique des marques de fabrique et de commerce et de la concurrence déloyale*, 1 vol., in-8°, Paris, 1858.
- REVILLOUT E. — *Des obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité*, 1 vol., in-8°, Paris, 1886.
- *Appendice sur le Droit de la Chaldée*, par V. et E. Révillout.
- RIPERT Emile. — *Essai sur la vente commerciale*, 1 vol., in-8°, Paris, 1873.
- ROSSY G. E. — *Des cessions de portefeuille et des réassurances générales*, 1 vol., in-8°, Paris, 1899.
- RUBEN et COUDER. — *Dictionnaire de droit commercial*, Paris, 1877.
- SALEILLES R. — *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, « *Annales de droit commercial* », 1895, 1897.
- *Cession de dettes*. *Ibidem*, 1890, page 1 à 47.
- SIMON Ch. — *Le fonds de commerce ; sa nature juridique, ses éléments ; les contrats principaux dont il est l'objet*, Thèse, Paris, 1898.
- THALLER E. — *Traité élémentaire de droit commercial*, 1 vol., in-8°, 3^e édit., Paris, 1904.
- VALERY Jules. — *Maison de commerce et fonds de commerce*, 1 brochure in-8°. Extraite des « *Annales de droit commercial français, étranger et international* », 1902, n^{os} 5 et 6, Paris, 1903.
- VEIT-SIMON. — *Ueber die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die von Erwerb desselben entstandenen. Handlungsschulden*. *Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht*, t. XXIV, 1879.
- VIVANTE. — *Trattato teorico-pratico di Diritto commerciale*, 4 vol., in-8°, Turin, 1893.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
PRÉLIMINAIRES	7
CHAPITRE PREMIER. — <i>Historique du fonds de commerce.</i> . .	7
Généralités	7
Antiquité non romaine.	11
Rome	12
Moyen Age	15
CHAPITRE II. — <i>Nature du fonds de commerce.</i>	23
Éléments composant le fonds de commerce.	23
Nature du fonds de commerce.	27
Caractères juridiques du fonds de commerce.	36
PREMIÈRE PARTIE.	43
CHAPITRE PREMIER. — <i>Nature civile et commerciale de la vente</i> <i>de commerce</i>	43
CHAPITRE II. — <i>Conditions de la vente.</i>	49
Section I. — <i>Consentement</i>	50
Moment et lieu de formation.	53
Dédit.	54
Section II. — <i>Capacité des parties.</i>	57
Mineur, Interdit, Prodigue, Femme mariée.	58
Section III. — <i>Objet de la vente.</i>	61
Légalité.	80
Section IV. — <i>Prix.</i>	85
Cotillon.	14

CHAPITRE III. — Forme, Preuve compétence.	87
CHAPITRE IV. — Effets entre les parties:	90
Section I. — Obligations du vendeur.	91
Délivrance	91
Garantie	97
Section II. — Obligations de l'acheteur.	111
Obligation de prendre livraison.	112
Obligation de payer le prix.	112
Garanties assurant le paiement du prix.	122
CHAPITRE V. — Effets à l'égard des tiers.	142
Publications et oppositions.	158
CHAPITRE VI. — Intermédiaires.	167
Intermédiaires marchands de fonds.	168
Intermédiaires agents d'affaires.	179
DEUXIÈME PARTIE. — ENREGISTREMENT.	185
TROISIÈME PARTIE. — PROJETS DE RÉGLEMENTATION . . .	193
BIBLIOGRAPHIE	205

SAINT-AMAND, CHER. — IMPRIMERIE BUSSIÈRE.

SAINT-AMAND (CHER). — IMPRIMERIE SCIENTIFIQUE ET LITTÉRAIRE, BUSSIÈRE
